

SILVANA MARIA CARBONERA

GUARDA DE FILHOS:

O SENTIDO DA RELAÇÃO ENTRE SEUS SUJEITOS E OS CRITÉRIOS DE  
ESTABELECIMENTO NA FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA

Dissertação apresentada como requisito  
parcial à obtenção do grau de Mestre em  
Direito das Relações Sociais junto ao  
Programa de Pós-Graduação em Direito,  
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade  
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

1999

SILVANA MARIA CARBONERA

GUARDA DE FILHOS:

O SENTIDO DA RELAÇÃO ENTRE SEUS SUJEITOS E OS CRITÉRIOS DE  
ESTABELECIMENTO NA FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador

Professor Doutor Luiz Edson Fachin  
Setor de Ciências Jurídicas - UFPR

Professor Doutor José Antônio Peres Gediel  
Setor de Ciências Jurídicas - UFPR

Professor Doutor Rodrigo da Cunha Pereira  
Pontifícia Universidade Católica - MG

Curitiba, 15 de março de 1999.

Dedico este trabalho a meus pais, Alfredo e Lourena, que me ensinaram e proporcionaram o que aprenderei com meus pais: afeto, respeito, cooperação, dignidade, responsabilidade, persistência. E a Deus, por ter nos unido.

## AGRADECIMENTOS

O maior risco do agradecer é não elencar todos que, de uma forma ou outra, contribuíram para que este trabalho saísse do plano das idéias e se concretizasse. Contudo, é um risco conscientemente assumido pois, neste caso, o silêncio é mal maior.

Inúmeras pessoas deram sua contribuição para a realização desta dissertação, à quais serei eternamente grata:

A minha mãe, Lourena, que, pacientemente, leu e releu todas as versões deste trabalho, digitando também algumas partes; a meu pai, Alfredo, que acompanhou todas as discussões sobre o mesmo; e a ambos, que foram meu sustentáculo, deram todo apoio e apagaram todos os incêndios de desespero que me assolaram durante a elaboração;

A meu orientador, Luiz Edson Fachin, eterno amigo e professor, por ter despertado em mim o gosto pela pesquisa e por ter me lançado e conduzido, seguramente, ao necessário processo de travessia que é o aprendizado;

A Andréa Alves de Sá, Ana Carla H. Matos e Tânia Saiki, amigas que auxiliaram na pesquisa;

À equipe da secretaria do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, por toda atenção sempre dispensada;

À equipe da Biblioteca de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, representadas por suas bibliotecárias Diamantina, Lígia, Rita e Loiri, pela constante atenção e pronto atendimento no que diz respeito à material e metodologia;

À equipe da Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus II, na pessoa de sua bibliotecária Tânia, que sempre prontamente me atendeu;

À UNIFOZ, na pessoa do diretor, professor Acir Bueno de Camargo, e à Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus de São José dos Pinhais, nas pessoas do decano, professor Sérgio Lobo, e do diretor do curso de Direito, professor Noel Samwais, por toda a atenção;

Aos inúmeros amigos com quem troquei idéias, quer sobre o tema ou sobre a vida e àqueles que prontamente me emprestaram obras de suas bibliotecas;

A todos aqueles a quem amo, que compreenderam minha ausência física, conscientes da presença nas lembranças, bem como àqueles que não compreenderam mas tiveram que se conformar com a mesma;

A Rachel Padilha, que auxiliou tanto no idioma francês como em outros aspectos;

A Geraldo Polla, que revisou as incursões pelo idioma italiano;

Ao professor Antônio Waldrick, a José Augusto H. Matos e a Leila Olivi que corrigiram partes dos originais - os erros pertencem à autora -;

À CAPES, pela bolsa de Demanda Social, que permitiu, durante certo tempo, a realização desse trabalho;

A todos meus alunos, que acompanharam, compartilharam e contribuíram no processo de criação.

E, por fim, aos professores José Antônio Peres Gediel e Rodrigo da Cunha Pereira, diligentes examinadores deste trabalho que integraram minha banca de Mestrado e teceram pertinentes considerações que recolocaram o curso de algumas idéias no rumo certo.

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>01</b>
 <b>CAPÍTULO 1 - CENÁRIO E PERSONAGENS .....</b>	 <b>05</b>
1 PRIMEIRO ATO .....	05
2 ENTREATO .....	10
3 SEGUNDO ATO .....	10
4 INDICATIVO GERAL DAS METAMORFOSES .....	13
4.1 A descodificação .....	14
4.2 A constitucionalização .....	17
5 FAMÍLIA: PLURAL E SINGULAR NA ORDEM CONSTITUCIONAL .....	21
 <b>CAPÍTULO 2 - O DESENHO JURÍDICO DA GUARDA DE FILHOS .....</b>	 <b>25</b>
1 ESBOÇO GERAL DO SENTIDO DA GUARDA .....	27
2 AS POSSÍVEIS ORIGENS DA GUARDA .....	33
3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SUA NATUREZA JURÍDICA .....	41
4 NOÇÕES BÁSICAS E NECESSÁRIAS DA AUTORIDADE PARENTAL .....	47
4.1 Aspectos específicos .....	54
5 A GUARDA E A AUTORIDADE PARENTAL .....	57
 <b>CAPÍTULO 3 - ACERCA DOS CRITÉRIOS DE ESTABELECIMENTO DA GUARDA DE FILHOS .....</b>	 <b>75</b>
1 O CENÁRIO CODIFICADO DAS RELAÇÕES FAMILIARES .....	75
2 A LEI 6.515/77 E A DISSOLUBILIDADE DO VÍNCULO MATRIMONIAL .....	80
3 A GUARDA NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA PRÉ-CONSTITUCIONAL .....	85

4 ELEMENTOS PARA UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL DOS CRITÉRIOS PARA A DECISÃO ACERCA DA GUARDA DE FILHOS .....	90
4.1 O interesse dos filhos como critério de decisão .....	96
4.2 O juiz e a guarda .....	111
4.3 Breve exame das possibilidades de guarda diante do interesse do filho .....	116
4.4 Reflexão acerca da decisão que estabelece a guarda .....	121

#### **CAPÍTULO 4 - AS TRANSFORMAÇÕES DOS PAPÉIS JURÍDICOS FAMILIAIS .**

**129**

1 SOBRE <i>PAPÉIS</i> .....	130
1.1 Pessoas, papéis e sujeitos .....	132
2 AS MARCAÇÕES DOS SUJEITOS NA FAMÍLIA TRADICIONAL .....	137
2.1 Os cônjuges .....	140
2.2 As relações paterno-filiais .....	143
3 INDICATIVO DAS METAMORFOSES .....	146
4 ACERCA DA IGUALDADE ENTRE HOMEM E MULHER .....	148
5 O ESPAÇO DOS FILHOS .....	155

#### **CONSIDERAÇÕES FINAIS .....**

**161**

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....**

**166**

#### **ANEXO - JURISPRUDÊNCIA .....**

**179**

## **APRESENTAÇÃO**

Ao ter em mãos um trabalho, a primeira visão que se tem é a da capa, onde consta impresso o título e, por vezes um subtítulo, que dão um indicativo do caminho percorrido. Imediatamente, o leitor invoca um conjunto de idéias que já tem acerca do tema e inicia a leitura tendo suas próprias convicções como fio condutor: uma nova obra nasceu em seu pensamento.

Num segundo momento, a leitura da apresentação indica as linhas gerais do trabalho, bem como as premissas básicas sobre as quais o mesmo assenta. Conhecidas estas, bem como outros aspectos que o impulsionaram, o leitor mergulha no texto propriamente dito para então verificar se o que inicialmente imaginava ser o conteúdo encontra correspondência com os argumentos tecidos no curso de toda a obra. Uma vez iniciado o caminho, tem ele sua seqüência.

A elaboração desta dissertação teve em conta algumas premissas básicas. Trata-se de um trabalho de pesquisa que tem data e endereço conhecidos. O momento escolhido para o exame do tema foi aquele posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. A garantia da dignidade, a igualdade entre os sujeitos, o ingresso da família na seara constitucional são alguns dos aspectos que apontam para uma profunda alteração de paradigmas em relação aos quais a guarda de filhos foi objeto de reflexões.

Para tanto, a bibliografia sobre a qual as mesmas foram construídas se caracteriza por dois aspectos, distintos entre si. Por um lado, ou dizem respeito ao modelo brasileiro de família que foi codificado, onde a atribuição de papéis conduzia significativamente as decisões de família, sentido utilizado como elemento de comparação, ou cuidam de uma família que já sente os efeitos das transformações que gradativamente ingressaram no universo jurídico e tiveram abrigo na Constituição Federal de 1988. Por outro lado, congrega tanto obras específicas de



direito de família como outras, que destacam o alcance e a influência das metamorfoses.

Sua localização espacial tem o território nacional como limite. Após os novos paradigmas constitucionais de família, cabe perquirir acerca da orientação que tem sido dada à questão da guarda no sistema jurídico nacional e, tendo em conta o sentido das transformações, cumpre detectar como a mesma se coloca diante delas, ou se é que se coloca.

Uma vez alterados os paradigmas de família, não se pode imaginar que a guarda é um assunto que não tenha sentido tal influência. Entretanto, não se observou significativa alteração no tratamento jurídico dado ao tema logo após a Constituição Federal de 1988. O interesse dos filhos, que já tinha lugar na redação original do Código Civil brasileiro, foi sendo consolidado pela jurisprudência e reafirmado pela doutrina com um sentido muito semelhante àquele de 16, especialmente quando agregado a outros aspectos que demonstravam de que família estava se tratando: conduta do genitor como cônjuge, bom ou mau comportamento, preferência legal em razão do sexo.

Destacado o tema, é de se questionar até que ponto as transformações operadas pela Constituição Federal de 1988 se fizeram sentir de modo geral na guarda de filho e de modo específico nos critérios a serem considerados quando de seu estabelecimento.

Tendo como ponto de partida esta questão, aqui registrada como uma provocação inicial, procedeu-se a uma breve ilustração de dois momentos distintos da família jurídica no direito pátrio: o codificado e o constitucionalizado. Logo na seqüência, foram apontados alguns aspectos que podem ser detectados no curso de todo o trabalho, em maior ou menor intensidade: a constitucionalização, a descodificação e a repersonalização - que, por via reflexa revela uma despatrimonialização -.

Tendo o primeiro capítulo como pano de fundo, o instituto da guarda passa a ser examinado. Os elementos que conduzem à formação de seu sentido foram buscados, inicialmente, na linguagem coloquial, cuja simplicidade, em muitos casos, aponta diretamente para seu mais completo significado, que não raro se perde no abstrato emaranhado do universo jurídico.

Detectada a possibilidade de seu exame também na seara afeta às crianças e adolescentes, procede-se a uma delimitação do tema, que se circunscreverá à modalidade relacionada à autoridade parental. Para tanto, este instituto passa por um breve exame de sentido e conteúdo, cujo objetivo é apresentar alguns indicativos necessários ao tema central, uma vez que seu principal elemento informador, o interesse dos filhos, prolonga-se até a guarda.

A relação entre ambos tem espaço logo na sequência, onde as reflexões se concentram na compatibilidade entre autoridade parental e guarda, bem como na medida em que os direitos e deveres próprios daquela são exercidos nesta.

No terceiro capítulo têm lugar as reflexões acerca dos critérios de estabelecimento da guarda, que iniciam com um brevíssimo exame da origem do Código Civil, dos parâmetros nele adotados e da manutenção dos mesmo durante todo o século. Com isto, destaca-se a incompatibilidade dos critérios codificados com este novo sentido jurídico que tem a família, para examinar-se, então, o que poderia ser levado em conta quando do estabelecimento da guarda: prioritariamente o interesse do filho.

A insuficiência do critérios codificados que aponta para a necessidade de uma remodelação dos parâmetros de decisão, levando em conta os sujeitos da família e não pré-conceitos, firmados e reafirmados, que conduzem a um pré-julgamento, no capítulo seguinte abrem espaço para examinar os papéis jurídicos familiares.<sup>1</sup> Divididos pelo sexo e pela idade, seus conteúdos, desempenhados pelos sujeitos da família, são um forte indicativo a qual delas se refere: hierarquizada ou igualitária. Sob tal perspectiva, seu conhecimento é relevante para um satisfatório estabelecimento da guarda, que leve em conta principalmente os sujeitos que fazem parte daquela relação e não um modelo preconcebido.

Paralelo às premissas examinada, dois fatores foram decisivos para o resultado final.

A busca de uma visão afinada com a realidade, que tem em seu avesso o inconformismo diante de conceitos prontos, norteou toda a elaboração do trabalho. Procurou-se um espaço de reflexão que não implicasse em adequação às idéias

---

<sup>1</sup> O exame restringe-se à esfera jurídica, sem ingressar significativamente na seara da psicologia ou da psicanálise, disciplinas que utilizam como instrumental de exame a noção de papéis ou de lugares na família.

prontas, visitadas e revisitadas um sem número de vezes, cercada de uma aura protetiva de conservadorismo. O desenrolar dos dias, que aproxima a todos de um novo século, revela que a realidade é construída quotidianamente.

Por conseguinte, o Direito deve incessantemente buscar alcançá-la - entretanto sem nunca obter um resultado satisfatório, que significaria um retorno à noção de completude e suficiência própria do racionalismo -, não desprezando o que a experiência jurídica já revelou ser positivo.

Entrelaçado a este fator está o segundo. Pautado numa curta, mas rica e proveitosa experiência docente, o cuidado com uma linguagem acessível aos alunos foi uma constante, bem como a possibilidade de continuidade destas reflexões por eles.

Sem estas preocupações, o trabalho não teria sentido, pois é resultado de dois objetivos principais: um que busca o repensar do direito, e passa necessariamente pelo repensar o meio pelo qual o mesmo se 'pensa'; e outro, que representa uma das sucessivas fases de preparação para a vida docente, - e também discente, uma vez que o aprendizado impede que os mesmos erros sejam cometidos novamente - qualificando o professor para trilhar o caminho onde o universo jurídico e o universo real se entretecem e seguem juntos.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Como registra Rosalice Fidalgo PINHEIRO: "Eis que repensar o Direito leva-nos a repensar seu ensino, e, ao fazê-lo, sentimos a necessidade de um ensino que nos leve a construção de um novo saber. Um novo saber mestiço, dotado de interdisciplinaridade, despido de neutralidade, objetividade e a erudição que ainda norteiam o Direito, com o qual operamos." (Ensino jurídico na graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico. In.: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 222.).

## **CAPÍTULO 1**

### **CENÁRIO E PERSONAGENS**

#### **1 PRIMEIRO ATO**

Abrem-se as cortinas do século XX e, no grande palco social em que se desenvolvem as relações onde, quotidianamente, constrói-se a história da vida, surge o cenário jurídico. A iluminação é restrita, dirigida prioritariamente ao centro, onde se pode observar um espaço privado familiar. A quantidade e a qualidade dos móveis reflete a boa condição econômica de seus habitantes.

Ao lado direito, uma biblioteca, composta de uma quantidade significativa de volumes, com características uniformes. Em posição de destaque, um exemplar do Código Civil brasileiro, conjunto de normas reguladoras das relações familiares dos que habitam aquele espaço físico.

No centro da cena, os personagens. Um homem, sentado atrás de uma escrivaninha, dirige sua atenção a um mar de papéis. Mais à esquerda, uma mulher, que divide sua atenção com um trabalho manual e com as crianças que, despreocupadamente, brincam um pouco à frente.

A ordem é significativa: a distribuição dos móveis é feita de forma a tudo parecer ocupar seu lugar. Os personagens têm marcações certas e nelas se colocam. Sabem que, para atuar naquela cena, devem se conformar aos papéis - mas não necessariamente com eles -.

Os papéis são basicamente três. O conteúdo determina a importância do personagem naquele ato, cuja distribuição é feita tendo em vista a idade e o sexo dos atores,<sup>3</sup> sem preocupação com aptidões específicas.

No papel principal o protagonista masculino, o marido e pai, “único porta-voz da sociedade conjugal”,<sup>4</sup> exercendo as funções atribuídas pela lei: prover o sustento da mulher e dos filhos, administrando os bens comuns e decidindo sobre os assuntos de interesse do grupo. Através de sua atuação a família apresenta sua face pública.<sup>5</sup>

É o senhor do castelo, da coisa e do espaço privado, “(...) aquele que contrata, tem patrimônio e contrai ‘justas núpcias’”<sup>6</sup>. Enfim, o sujeito de direito absoluto, portador das qualidades necessárias à titularidade das relações jurídicas inscritas na legislação vigente.

Ao seu lado, a mulher, coadjuvante. Figura relativa e secundária, na regra legal nunca aparece sozinha. A ela “liga-se sempre outro ente: o pai, o marido, e

---

<sup>3</sup> Segundo Andrée MICHEL, no modelo tradicional da família, se encontra primeiro uma constelação de papéis familiares estreitamente definidos em função do sexo ou da idade. (In.: *Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. Archives de philosophie du droit*, 131, p. 127-136, 1975.).

<sup>4</sup> VARELA, Antunes. **Direito da família**. 3. ed. Lisboa : Petrony, 1993. v. 1. p. 51.

<sup>5</sup> *Id. Ibid.*, p. 53-4.

<sup>6</sup> FACHIN, Luiz Edson. O direito civil exilado. **Revista de Estudos Jurídicos**, Curitiba, v. III, n. 1, ago. 96, p. 116.

num sentido amplo, a própria família. Em nome da lei, seu papel é menor, periférico, é o seu avesso.”<sup>7</sup>

É a “rainha do lar”.<sup>8</sup> Desempenha um “papel preponderante na direcção moral do lar, em especial mediante a preferência concedida à mulher na guarda e educação dos filhos menores, no caso de separação judicial ou de mera separação de facto.”<sup>9</sup>

Sua atuação tem por limites as dimensões privadas da casa. Da janela, observa pacificamente o lado público da vida, pois não tem capacidade jurídica plena para nele transitar.

“Casa e confinamento, família e reprodução: a letra de lei cogente emoldura para a mulher, sem consultá-la, um modelo para a sua vida. A mulher **não é ela**, ela faz parte, pertença de alguém ou algo. Não decide, obedece; não sugere, pede. Eis os seus ‘lugares’ na lei civil, espaço para a plena realização do magnífico nada.”<sup>10</sup>

Os filhos completam o elenco, figurantes das relações desenvolvidas entre o personagem principal e o secundário. Abrigados num estatuto plural de filiação,<sup>11</sup> fundado na legitimidade, são incapazes perante a ordem jurídica e transitam na esfera familiar silenciosamente; são educados pela mãe e devem respeito ao pai.

---

<sup>7</sup> FACHIN, Luiz Edson, O avesso da mulher no direito. **Cadernos da Pós-graduação da Faculdade de direito da UERJ**, Rio de Janeiro, ano I, n. 1, set. 95, p. 89.

<sup>8</sup> VARELA, op. cit., p. 51.

<sup>9</sup> *Id. Ibid.*, p. 53.

<sup>10</sup> FACHIN, O avesso..., p. 93. Grifo no original.

<sup>11</sup> Sobre este estatuto plural foi assentada a presunção *pater is est*, que dava a qualidade de legítimo ao filho nascido na constância do casamento e, por via reflexa, legava aos demais a pecha de ilegítimos.

Num mundo adulto, ocupam os espaços destinados pela lei, também relativos, determinados pela idade.

O reflexo pode ser sentido, por exemplo, quando a união dos pais chega ao fim. Se acontecer de forma amigável, cabe a eles decidir sobre o destino dos filhos. Sendo a dissolução motivada pela culpa, remete-se a decisão à legislação,<sup>12</sup> que adotou um critério de análise de comportamento dos cônjuges: o filho ficará com o inocente.

Se ambos fossem culpados, a idade dos filhos é o critério determinante: os menores de seis anos, independente do sexo, ficarão com a mãe. Completada tal idade, se for menino passará automaticamente à guarda do pai. Se na data da dissolução já contarem com tal tempo de vida, os meninos ficam direto com ele.

De um lado para o outro, seguem o caminho que a lei determina. No modelo codificado, “o filho não se expressa; sobre ele recai o julgamento. Não é, a rigor, o sujeito *da* questão, mas sim o sujeito *em* questão.”<sup>13</sup>

A análise do quadro geral, associada ao conteúdos dos papéis, permite detectar um outro personagem, decorrente das relações das pessoas: a família.

Trata-se de um tipo específico, constituído e revelado pelas alianças existentes nas mãos esquerdas do casal: o matrimônio era o único modo pelo qual a família codificada passava a ter existência jurídica, com qualidade de legítima, colocando as demais formas à margem do ordenamento.

---

<sup>12</sup> No texto original do Código Civil brasileiro de 1916, os artigos 325 a 329 forneciam o roteiro legal para a decisão da guarda dos filhos em caso de desquite. Todos foram revogados pela Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

<sup>13</sup> Embora empregada em outro contexto pelo autor, a citação é pertinente pois demonstra a posição relativa ocupada pelo filho nas relações jurídicas de família. (FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade** : Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 28. Grifos no original.)

O papel de protagonista ocupado pelo marido dá visibilidade a outras características significativas: a supremacia da condição masculina produziu uma família patriarcal e hierarquizada. Legalmente a mulher estava numa posição secundária, destacando, com sua condição de coadjuvante, o papel masculino.

Para manter a estabilidade desse modelo de família, o conteúdo dos papéis era inflexível e previamente determinado: o marido desempenhando as atividades públicas e a mulher cuidando da esfera privada, vale dizer, dos filhos e das atividades domésticas.

A coesão do grupo familiar pode ser sentida: uma vez matrimonializada, a família criava vínculos perpétuos entre os cônjuges, dissolvidos somente com a morte.

Outro aspecto que se destaca é o ambiente em que propositadamente se desenvolve a cena. Embora seja um interior, é possível observar tratar-se de uma família com alguma condição econômica. Esta é uma característica relevante do modelo jurídico codificado: a regulamentação das relações econômicas do grupo familiar.

Contudo, a iluminação concentrada do centro do palco produz efeitos reflexos. Sombras periféricas de pessoas não abrigadas pela família jurídica se movimentam timidamente em torno e em direção aos personagens iluminados pelo foco central. Parecem ameaçá-los.

*Fim do primeiro ato. Fecham-se as cortinas.*

## 2 ENTREATO



O fechar das cortinas encerra um ato onde a rígida condução das relações familiares produz uma aparente segurança. É o momento da adequação do cenário para a seqüência.

Para o observador menos atento, passa imperceptível a movimentação atrás das cortinas. Contudo, ela existe. Alguns ruídos levam a crer que a vida nos bastidores tem extensão maior do que aquela colocada em cena, pois ganham e perdem intensidade repetidas vezes, fazendo o público aguardar com expectativa.

Um eloqüente silêncio precede o segundo ato.

### 3 SEGUNDO ATO

Reabrem-se as cortinas.

O momento histórico é outro: final do mesmo século. No entreato passaram-se várias décadas.

Surge um cenário enriquecido. O abastado ambiente do primeiro ato tem ao lado outros, não necessariamente tão opulentos ou rigidamente organizados.

As várias bibliotecas se mostram plurais, férteis em novos assuntos. A diversidade da literatura se revela também com a modificação das obras que ocupam a posição de destaque: ao lado da Constituição Federal e do Código Civil

brasileiro encontram-se outros diplomas legais específicos, verdadeiros microssistemas aptos a regulamentarem precisos aspectos das relações familiares.

O conteúdo dos papéis é, basicamente, idêntico: pessoas que dão visibilidade ao grupo, que organizam as relações internas, que cuidam dos afazeres domésticos. Resumem-se nas atividades necessárias ao seguimento da vida familiar.

Os personagens foram conservados: pais, mães e filhos. Porém, a hierarquia deixa de ocupar um posto central. Todos atuam como protagonistas em suas próprias células dramáticas e histórias familiares, em condições jurídicas de igualdade.

Os atores escolhem seus papéis com maior liberdade. A eles é permitido compor um papel que se conforme a aptidões específicas, buscando, nos vários existentes, os elementos desejados.

A liberdade também está presente na possibilidade de compartilhar o desempenho de alguns aspectos particulares, de modo que o pai e a mãe têm o direito e o dever de cuidar dos filhos, independente de atribuição legal que vincule tal papel ao sexo.

Por conseguinte, as relações entre o casal desenvolvem-se em condições de igualdade, respeitadas as características e diferenças próprias de cada um.

A posição dos filhos reaparece valorizada. Seus interesses ganham tutela jurídica prioritária em todos os sentidos. Um estatuto unitário da filiação coloca fim ao tratamento desigualitário que assentava na origem do vínculo.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Não se pode confundir, nesse ponto, desigualdade com diferença. Um filho nascido no seio de uma união matrimonializada sentirá os efeitos da presunção *pater is est*, segundo a qual o filho de mulher casada tem por pai o marido da mãe, o que não se verifica com um filho extramatrimonial ou adotado, cujas formas de estabelecimento de paternidade não estão nela

Nascido dentro ou fora de um casamento, consangüíneo ou adotado, o filho deixa a posição de objeto de partilha ou de decisão para assumir a condição de um dos sujeitos de relações jurídicas familiares. “Da margem ao centro: os interesses dos filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, restam prioritariamente considerados.”<sup>15</sup>

A atenção a seus interesses coloca em xeque a receita legal para a determinação da guarda em casos de dissolução da união dos pais. Uma vez valorizado como sujeito, a aplicação dos parâmetros de decisão válidos e utilizados no primeiro ato fica prejudicada.

Outro aspecto interessante é o aumento de grupos familiares em cena. Ao lado da família cuja constituição foi selada pelo matrimônio, outras, fundadas em relações de fato ou na existência de vínculos de filiação passam a integrar o elenco. A pluralidade sucedeu a exclusividade anterior.

As variadas formas sob as quais se apresentam a família dão um colorido diverso do ato anterior. A pluralidade permite que os atores escolham, dentre as várias existentes à luz, aquela que mais se aproxima do modelo desejado.

Associada à pluralidade, a liberdade de escolha traz ao centro do palco uma família que atenda as necessidades e interesses de seus integrantes. “Da família matrimonializada por contrato chegou-se à família informal, precisamente porque afeto não é um dever e a coabitação uma opção, um ato de liberdade.”<sup>16</sup> E ambas tuteladas em função dos sujeitos, e não de interesses externos a eles.

---

abrigados. Entretanto, uma vez estabelecido o vínculo paterno-filial, a igualdade de tratamento será sentida em todas as relações, mesmo que as origens sejam diferentes.

<sup>15</sup> FACHIN, **Da paternidade...**, p. 98.

<sup>16</sup> *Id. Ibid.*, p. 98.

As modificações do segundo ato, quer quanto aos personagens, quer quanto aos papéis ou aos locais onde as relações de família se desenvolvem, colocam em posição de destaque as pessoas, neste contexto denominadas de atores, personagens já donos de seus papéis. Respeitadas características específicas e particulares, as relações tornaram-se mais complexas e mais ricas.

A ameaça aparente no fim do primeiro ato, enfim, revela-se uma metamorfose, necessária para a continuidade de um modelo jurídico de família, adaptado às transformações que tiveram lugar no curso deste século.

#### 4 INDICATIVO GERAL DAS METAMORFOSES

Examinadas as cenas, é possível observar a transformação operada: de uma a várias famílias. O emprego do plural reflete a diversidade jurídica, especialmente quanto à forma de constituição que pode ser matrimonializada ou não, assentada no fato natural da procriação ou decorrente de uma adoção, nuclear, extensa ou monoparental.

As modificações apontadas, além de outras a serem examinadas oportunamente, revelam uma significativa transição no que diz respeito à forma de tratamento legal.

##### 4.1 A descodificação

A família apresentada no primeiro ato tem como fonte central de regulamentação o Código Civil brasileiro, fruto do pensamento racionalista do século XIX.

Trata-se de um documento legal “produto da sua época, com formação eclética e influência do direito francês e da técnica do Código alemão. Feito por homens identificados com a ideologia dominante, representa o sistema normativo de um capitalismo colonial no campo das relações civis.”<sup>17</sup>

Seu alcance pode ser dito restrito, se observadas as pessoas que efetivamente eram consideradas no último quartel do século XIX: dentre o milhão e meio de escravos, o milhão de índios e os cinco milhões de agregados das fazendas e dos engenhos que “não podiam ser integrados no povo como realidade viva, reduz êste a trezentas ou quatrocentas mil pessoas pertencentes às famílias proprietárias de escravos, os fazendeiros, os senhores de engenho.”<sup>18</sup>

Caracterizado pela influência do liberalismo, a regulamentação das relações jurídicas tinha como destinatário “o ser humano, personificado como sujeito de direito, titular de direitos virtuais,”<sup>19</sup> desenhado abstratamente no artigo 2º, titular de posições jurídicas específicas: proprietário, contratante, marido. A ele deveriam se ajustar as pessoas reais. Sob tal perspectiva, “**Ser** pessoa é adequar-se,

---

<sup>17</sup> AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata de: “**O direito**”, Rio de Janeiro, ano 126, 1994. p. 73.

<sup>18</sup> A informação é prestada por Orlando GOMES, cuja origem é o censo de 1872, período em que já se discutia acerca da elaboração de um Código Civil. (GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador : Publicações da Universidade da Bahia, 1958. p. 39.).

<sup>19</sup> RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In.: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 5.

perfeitamente, aos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento; é traduzir, de modo concreto, a imagem conceitual ditada pelas normas.”<sup>20</sup>

O Código Civil, “exemplarmente vincado pelo conteúdo patrimonializante”<sup>21</sup> em grande parte de suas relações jurídicas, tutelou a família patriarcal, “composta de indivíduos proprietários”,<sup>22</sup> fundada na segurança jurídica do matrimônio civil. É, a exemplo dos demais códigos com origem no pensamento do século XIX, um código que subordinou a categoria do ser àquela do ter: “quem possui ‘é’”.<sup>23</sup>

Foi ele, em outras palavras, “perfeito anfitrião ao acondicionar um retumbante silêncio sobre a vida e sobre o mundo; nele somente especulou-se sobre os que têm e julgou-se o equilíbrio do patrimônio de quem se pôs, por força dessa titularidade material, numa relação reduzida a um conceito discutível de esfera jurídica.”<sup>24</sup>

O entreato revela a existência de questões que exigem discussão: um ruído que aponta para a necessidade de mudanças na esfera jurídica.

A transformação dos valores estatais, convertendo-o num Estado de Bem-Estar Social, cuja intervenção na esfera privada é uma das características, sendo

---

<sup>20</sup> MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: Do sujeito virtual à clausura patrimonial. In.: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 91.

<sup>21</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In.: BITTAR, Carlos Alberto (org.). **O direito de família e a constituição de 1988**. São Paulo : Saraiva, 1989. p.64.

<sup>22</sup> *Id. Ibid.*, p. 66.

<sup>23</sup> A expressão é de Pietro PERLINGIERI que, ao tecer comentários acerca do papel unificador da Itália desempenhado pelo Código Civil de 1865, informa que a propriedade privada foi colocada no centro do ordenamento. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil** : Introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 04).

<sup>24</sup> FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. In.: **Jurisprudência brasileira**. Curitiba : Juruá, 1994. v. 172. p. 47.

uma das causas que provocou a gradativa diminuição do espaço ocupado pelo Código Civil.

Num processo de ajuste, necessário frente às constantes transformações sociais, de diploma legal único, o Código Civil brasileiro passou a dividir espaço com legislação afeta a relações jurídicas específicas. A regulamentação da vida privada foi gradativamente sendo descodificada.

Em linhas gerais, “A edição de um número cada vez maior de textos de lei especial provocou uma verdadeira descentralização do sistema de direito privado, ausente na perspectiva dos idealizadores da codificação, excluindo o monismo consagrado no código civil, em atendimento às emergências sociais.”<sup>25</sup>

A fragmentação do sistema unitário codificado, operada com “a proliferação de leis civis especiais que reduzem o primado do Código e criam uma pluralidade de núcleos legislativos, os chamados microssistemas jurídicos”,<sup>26</sup> não se restringe a um processo de descentralização legislativa.

O alcance é maior. Traduz o “ocaso dos Códigos Civis e a passagem do monossistema jurídico da modernidade, centralizado no Código, ao polissistema, centralizado na Constituição.”<sup>27</sup>

Se o “mundo dos Códigos foi o mundo da segurança, [...] quando os valores do liberalismo podiam ser traduzidos numa seqüência ordenada de artigos”,<sup>28</sup> a mutável realidade desmentiu a ficta segurança. “No mundo instável,

---

<sup>25</sup> RAMOS, op. cit., p. 7.

<sup>26</sup> AMARAL, Francisco. Descodificação do direito civil. In.: XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Fortaleza, 1997. Cd-Rom. p. 08.

<sup>27</sup> Idem, **Descodificação...**, p. 08.

<sup>28</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 70.

inseguro e volúvel de hoje a resposta normativa não pode ser a transposição para um Código das fórmulas conceituais habilmente elaboradas no século passado, mas comprometidas com uma realidade extinta.”<sup>29</sup>

#### 4.2 A constitucionalização

A descentralização da disciplina da vida privada, que retirou dos códigos a condição de diploma legal único, abriu espaço para influência de outra significativa transformação. Desta forma, o silêncio que precede o segundo ato traduz expectativa.

A promulgação da Constituição Federal de 1988, elaborada com valores do Estado do Bem Estar Social, regulamentou relações antes restritas basicamente ao Direito Civil: família, propriedade e contrato.

Cuidando da vida privada num sistema jurídico já fragmentado, cujas relações jurídicas já não encontravam mais no Código Civil a resposta a todas as questões, a Constituição Federal atuou e atua como um “centro reunificador do direito privado”.<sup>30</sup>

Por via reflexa, além de deslocar a matéria civil para um novo local do sistema normativo, “a Constituição, que passa a garantir a unidade do ordenamento

---

<sup>29</sup> Idem, **Introdução...**, p. 70.

<sup>30</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações de família. In.: BARRETO, Vicente (org.). **A nova família** : Problemas e perspectivas. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 48.



jurídico, implica também na atribuição de um papel residual ao Código Civil”,<sup>31</sup> tornando-se ela a “base única dos princípios fundamentais do ordenamento.”<sup>32</sup>

O fenômeno da constitucionalização, isto é, o deslocamento da tutela das relações jurídicas particulares para a esfera constitucional, além de representar uma transformação no modo de examinar as questões jurídicas de cunho privado, provocou outra relevante modificação.

O princípio da proteção à dignidade da pessoa humana,<sup>33</sup> inscrito no artigo 1º, III, da Constituição Federal,<sup>34</sup> uma vez consagrado como tal, passa a vincular todas as instituições com *status* constitucional.<sup>35</sup>

Sendo o sistema jurídico nacional hierarquicamente organizado, com a Constituição Federal ocupando um lugar privilegiado em seu vértice, goza ela “de superioridade jurídica em relação às outras leis, que não poderão ter existência legítima se com ela contrastarem.”<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> AMARAL, **Descodificação...**, p. 08.

<sup>32</sup> TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, n. 65, ano 17, jul.-set. 93. p. 24.

<sup>33</sup> A expressão “pessoa humana” é empregada no Texto Constitucional para diferenciar de outro instituto jurídico, a pessoa jurídica. Neste trabalho, cuja análise se restringe a relações de família, será utilizada somente a expressão pessoa, tendo a mesma o significado contido no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

<sup>34</sup> Assevera Eroulths CORTIANO JUNIOR que “As Constituições ocuparam-se de proteger a personalidade porque o direito dos códigos deixou este espaço. A se ocupar apenas (ou dar maior ênfase) dos aspectos patrimoniais da existência humana, criou-se um vácuo, preenchido pela proteção constitucional à personalidade humana.” ( Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In.: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 36.).

<sup>35</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina..., p. 49.

<sup>36</sup> É princípio da supremacia da Constituição, que tem força em sistemas jurídicos onde a Carta Constitucional seja escrita e rígida, como é o caso do modelo nacional, aduz Luis Roberto BARROSO. (Princípios constitucionais brasileiros : Ou de como o papel aceita tudo. **Revista Jurídica THEMIS**, Curitiba, n. 7, out. 91, p. 25.).

“As disposições constitucionais são não apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico.”<sup>37</sup>

Desta forma, a resolução de qualquer caso concreto deve ser pautada nos valores e interesses nela insculpidos, sob pena de não encontrarem amparo para aplicação a um caso concreto.

A promulgação da Constituição Federal encontrou vigente um conjunto de normas que regulamentavam as relações de família. Relacionadas a um modelo patriarcal, hierarquizado e matrimonializado, foram elaboradas em parâmetros não reafirmados pela ordem constitucional, de forma que, de imediato, tornaram-se incompatíveis e não-aplicáveis em toda sua extensão.<sup>38</sup>

Em tais casos, “[...] a norma constitucional assume, no direito civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais.”<sup>39</sup>

Em outras palavra, o processo de constitucionalização referenciado, que atingiu família, sucessões, propriedade, empresa, relações e política de consumo, fixou normas “jurídicas hierarquicamente superiores, a impor uma releitura de todos esses setores do Direito Civil.”<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** : Limites e possibilidades da constituição brasileira. 3. Ed. atual. ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. p. 76.

<sup>38</sup> É, por exemplo, o caso da divisão dos papéis conjugais fundada em critério de sexo. Uma vez vigente a Constituição Federal, a proibição de discriminações de tal ordem conduz à igualdade, de forma que normas que o tenham como fundamento não podem ser aplicadas puramente, sob pena de ofensa a uma determinação constitucional.

<sup>39</sup> TEPEDINO, Maria Celina. A caminho..., p. 29.

Resulta daí que a “solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam.”<sup>41</sup>

“Não se pode pretender adaptar a Constituição ao Código Civil, sendo indispensável proceder no sentido inverso, de modo a reler e forjar todo o tecido infraconstitucional sob o manto inovador e vinculante do Texto Maior.”<sup>42</sup>

## 5 FAMÍLIA: PLURAL E SINGULAR NA ORDEM CONSTITUCIONAL

Ao lado da constitucionalização de institutos do direito civil, é possível observar outra relevante opção do legislador constitucional, que se faz sentir em todos os pontos da disciplina jurídica: a primazia pela proteção à pessoa.

Operou-se a consagração de uma “nova tábua de valores”,<sup>43</sup> onde a tutela da dignidade da pessoa passa a ocupar o centro das preocupações constitucionais, refletindo diretamente em novos valores orientadores das relações de família.

Na iminência da reabertura das cortinas, os atores aguardam, com a remodelação do conteúdo dos papéis existentes, a inserção de outros, já existentes à sombra e ora recepcionados pela ordem constitucional.

---

<sup>40</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Revista de Estudos Jurídicos**, Curitiba, v. IV, ago. 97. p. 104.

<sup>41</sup> PERLINGIERI, op. cit., p. 05.

<sup>42</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações..., p. 107.

<sup>43</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina..., p. 48.

A família do segundo ato, visivelmente transformada, tem como principal parâmetro legal a Constituição Federal de 1988. Assentada em bases diversas, informada por intensas transformações sociais, abriga-se em princípios gerais que indicam um novo caminho a ser seguido.

De imediato destaca-se a pluralidade de modos de formação de famílias e a multiplicidade de tipos familiares. Em contraposição à única modalidade reconhecida pelo Código Civil, “inexiste na Constituição uma construção geométrica: ao contrário, reconhece-se a diversidade, isto é, a preservação da pluralidade, dos diferentes grupos e indivíduos.”<sup>44</sup>

Garante-se, desta forma, a liberdade de escolha no que tange ao modo de constituição de família, elemento inovador da Constituição Federal que permite afirmar a existência de uma pluralidade jurídica.

Tal aspecto colocou na cena jurídica, no segundo ato, outras famílias: não matrimonializadas, monoparentais, fundada em laços de parentesco consangüíneo ou civil, respeitadas as instruções constitucionais.

Vários foram os reflexos. Partindo do singular ao plural, ampliou-se a esfera de atuação das pessoas, especialmente com a garantia da liberdade na escolha do modo de formação. Paralelo à liberdade, restou garantida a igualdade jurídica na esfera familiar, representada tanto entre os cônjuges como entre filhos de qualquer natureza.

Contudo, nada obstante tenha sido consagrada a diversidade, e neste ponto localize-se uma das mais significativas transformações jurídicas, é possível

---

<sup>44</sup> MUNIZ, Francisco José Ferreira. O direito de família na solução dos litígios. Conferência proferida no XII Congresso Brasileiro de Magistrados, Belo Horizonte, 14-16 de novembro de 1991. p. 07.

detectar um denominador comum em todas as formas, a ponto da expressão família poder ser empregada no singular e, ainda assim, conter em si toda a extensão da variedade e das metamorfoses verificadas em seu conteúdo.

Uma vez colocada acima da exigência do vínculo jurídico a proteção à formação social que apresente “as condições de sentimento, de estabilidade e responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos”,<sup>45</sup> a tutela ao grupo nascido do vínculo foi posta em segundo plano.

O mais significativo efeito da metamorfose jurídica no que tange à família foi sentido com a prioritária tutela da proteção à dignidade da pessoa, base comum de onde derivam todos os demais princípios que informam um ou outro ponto do Direito de Família.

Abre-se o ingresso de novos sujeitos à cena jurídica, sendo prescindível a existência de um vínculo. Há uma nota repersonalizante, fruto da valorização da dignidade humana, que coloca “a pessoa como centro da tutela jurídica civil, mais que seu patrimônio,”<sup>46</sup> e o respeito aos sujeitos passa a ser o tom fundamental.

Assenta em tal base a afirmação de que, embora a pluralidade seja uma das faces da transformação, é possível detectar um aspecto unificador de todas as formas de família, a ponto de poder ser empregada no singular e, ainda assim, expressar o modelo constitucional.

---

<sup>45</sup> Francisco José Ferreira MUNIZ assenta sobre tal citação a afirmação de que a Constituição Federal apreendeu a noção social da família e, diante de tal variedade, torna-se impossível conceituá-la juridicamente. (O direito..., p. 06.).

<sup>46</sup> LÔBO, op. cit., p. 78.

Por tal motivo, além de reler o Código Civil à luz da Constituição Federal, a tutela prioritária da dignidade conduz adiante. Observando tal princípio, as relações de família, constitucionalizadas, requerem do operador jurídico o exame particular de cada situação.

Tendo em conta elementos específicos, a leitura constitucional abre espaço a uma força criadora, indispensável para garantir a efetiva proteção à dignidade das pessoas, inseridas ou não num grupo familiar.

E é tendo por norte o elemento unificador *dignidade da pessoa*, garantido constitucionalmente, que será examinada a família, independente de sua origem. Dentre as várias possibilidades de temas fornecidos pelas relações de família, será posto em destaque a guarda de filhos em casos de dissolução da união dos pais, abrigado na disciplina constitucional do tema.

## CAPÍTULO 2

### O DESENHO JURÍDICO DA GUARDA DE FILHOS

A noção de família presente na Constituição Federal de 1988, aliada aos princípios informadores nela insculpidos, provocaram uma significativa alteração de paradigma no que diz respeito à forma de exame e tratamento jurídico do grupo familiar, de seus institutos jurídicos,<sup>47</sup> e, especialmente, de seus sujeitos.

As transformações, cujas linhas gerais foram reveladas através dos dois atos precedentes e aprofundadas na sequência, trilharam um caminho que passou por vários estágios. Pedras foram removidas, muitas contornadas e outras tantas continuam a provocar reflexões.

A proteção do grupo familiar cedeu espaço à valorização dos sujeitos. De um caráter transpessoal,<sup>48</sup> a família passou a ter uma concepção eudemonista,<sup>49</sup> se revelando uma “comunidade de afecto e entre-ajuda.”<sup>50</sup>

As relações familiares sentiram, em maior ou menor extensão, tais efeitos.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> Instituto jurídico pode ser compreendido, numa certa dimensão, como “[...] o complexo das normas (pode às vezes tratar-se de uma só) que contém a disciplina jurídica de uma dada relação jurídica em sentido abstracto.” ANDRADE, Manoel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica** : Sujeitos e objecto. Coimbra : Almedina, 1992. p. 05.

<sup>48</sup> A expressão toma emprestado o sentido destacado por José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, que a relaciona à concepção supra-individual e hierarquizada de família, tanto nas relações conjugais como nas paterno-filiais. (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** : Direito matrimonial. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1990. p 16.).

<sup>49</sup> A expressão eudemonista aqui empregada toma seu sentido emprestado de Andrée MICHEL. Em suas palavras, “Dans cette conception, l’individu ne pense pas qu’il existe pour la famille et le mariage mais que la famille et le mariage existent pour son développement personnel.” (Nesta concepção, o indivíduo não pensa que ele existe para a família e para o casamento mas que a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal.) (op. cit., p. 131-2).

<sup>50</sup> OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 11.

O papel da culpa no fim da sociedade conjugal<sup>52</sup> e as relações de filiação,<sup>53</sup> temas conexos à família codificada e matrimonializada, já foram objeto de reflexões conduzidas por uma leitura constitucional.

Por outro lado, é possível observar que as mesmas devem se estender a outros assuntos tais como impedimentos matrimoniais<sup>54</sup> e curador ao vínculo matrimonial, que ainda são largamente examinados sob a perspectiva codificada.<sup>55</sup>

A guarda, como instituto de Direito de Família, é outro tema que vem passando por um reexame, especialmente quando se trata da modalidade

---

<sup>51</sup> É o que se pode observar, por exemplo, na adoção da dissolubilidade do vínculo jurídico do casamento, fruto da Emenda Constitucional n.º 9, de 1969, regulamentada pela Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977; na melhora da condição da mulher casada, realizada pela Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962; no gradativo aumento da proteção aos filhos nascidos fora do casamento, naturais ou espúrios, cujo passo inicial foi dado pelo Decreto-lei 3.200, de 19 de abril de 1941 que determinou não se fizesse menção da filiação ilegítima nas certidões de registro civil, salvo a requerimento do interessado ou mediante decisão judicial. Afora estes casos, outros tantos poderiam ser apresentados, somente a título de ilustrar as transformações jurídicas que passaram a abrigar uma *outra* família, já diversa do original modelo codificado.

<sup>52</sup> Sobre este assunto podem ser consultados, dentre outros, João Baptista VILLELA, em entrevista sobre **A nova dimensão social da família**, publicada pela revista LEMI, 1980; Gustavo TEPEDINO, em conferência proferida no 1º Congresso Brasileiro de Direito de Família, em Belo Horizonte, 1997, intitulada “O papel da culpa na separação e no divórcio”, In.: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

<sup>53</sup> Sobre aspectos específicos do tema consultar: FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1992. DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo : Dialética, 1997.

<sup>54</sup> Tal preocupação já foi demonstrada por Orlando GOMES, que destaca a necessidade de uma “corajosa reforma na estrutura e na técnica”, no Direito Matrimonial, no que tange a impedimentos matrimoniais e a dissolução do casamento, buscando um “reajustamento às novas condições de vida.” (GOMES, **Introdução...**, p. 86).

<sup>55</sup> Os institutos assistenciais são um exemplo de exceção ao silêncio jurídico que permeia grande parte dos temas diversos da igualdade entre os cônjuges e os filhos de qualquer natureza, bem como a preocupação demonstrada com crianças e adolescentes. Luiz Edson FACHIN, em obra coletiva que versou sobre o direito de família contemporâneo, examinando a relação entre a incapacidade e os institutos protetivos, afirma que, embora alguns aspectos das relações jurídicas de família já estejam refletindo as transformações, o “[...] lugar jurídico da incapacidade, para os filhos menores, os tutelados e os curatelados, permanece praticamente incólume.” ( Em nome do pai : Estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Direito de família contemporâneo** : Doutrina, jurisprudência, direito comparado, interdisciplinaridade. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 585-604. p.587.).



regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.<sup>56</sup>

Neste trabalho, optou-se pelo estudo do instituto quando conexo à relação paterno-filial, excetuadas as situações que possam envolver filhos que já não estejam sob a autoridade parental, com especial ênfase aos critérios de decisão empregados nos casos de estabelecimento judicial decorrente da dissolução da união dos genitores, tendo como norte as transformações constitucionais. Como consequência, os papéis desempenhados na família também são objeto de reflexões.

## 1 ESBOÇO GERAL DO SENTIDO DA GUARDA

A técnica de conceituar, eficaz no racionalismo, por vezes revelou-se tirana.<sup>57</sup> Enclausurar institutos em conceitos, com fins a proporcionar certeza e segurança jurídica, pode provocar exclusão de aspectos pertinentes a inúmeros casos concretos. Mais eficaz parece ser examinar um tema sob variados aspectos, de forma que, a partir da análise, se torne viável formar uma ampla visão sobre o mesmo.

Por tal motivo, não se busca aqui a elaboração de um conceito perfeito e único sobre a guarda, instituto tão amplo e rico em detalhes. A intenção é apresentar o maior número de elementos relacionados com a perspectiva a serem considerados e, desta forma, proporcionar meios para formar uma noção mais profunda sobre o mesmo.

---

<sup>56</sup> Dentre as inúmeras obras já editadas a cerca do Estatuto, podem ser citadas as seguintes: PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente** : Uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo : LTr, 1997.

<sup>57</sup> Somente com o intuito de ilustrar a afirmação, isto pode ser constatado no conceito de Direito de Família apresentado por Orlando GOMES, em edição de 1998, como “o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção.” Contudo, é preciso ressaltar que o autor afirma, adiante, que as famílias extramatrimoniais ensejam “relações que também se compreendem no âmbito do direito de família, notadamente as que resultam da procriação natural.”(GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 01).

Para tanto, propõe-se um exercício livre de reflexão,<sup>58</sup> que tem início com o exame de algumas expressões como *guarda*, *guardião*, *guardar* e *olhar*, onde será possível observar alguns aspectos relevantes que integram seu conteúdo jurídico.

*Guarda* tem como conteúdo geral o ato ou efeito de guardar, vigilância, cuidado, proteção e amparo.<sup>59</sup> “Dentro da linguagem comum, ter alguém sob a guarda representa zelar por ela, estar na companhia e sob os seus cuidados.”<sup>60</sup>

Sua concretização se dá por meio de uma pessoa, um *guardião* que, sempre alerta, atuará para evitar qualquer dano. Tem como função a responsabilidade de manter a “**coisa**” intacta e, caso não logre êxito em sua atividade, responderá pelo descumprimento de seu papel.

O elemento *guardar*, que sugere uma ação, indica o ato de vigiar com o fim de proteção ou defesa. Assume, também, outros sentidos, que enriquecem e alargam seu conteúdo inicial: pôr em lugar conveniente, ter cuidado em manter seguro, conservar em poder próprio, continuar a ter.<sup>61</sup>

Desta forma, guardar significa colocar em lugar seguro e tomar todos os cuidados para que nada aconteça pois o “**objeto**” tem valor e não pode sofrer qualquer avaria ou ofensa.

Esta expressão remete a outra, de grafia semelhante encontrada no idioma italiano. *Guardare* significa parar ou fixar o olhar sobre alguma coisa ou alguém, colocar sob atento exame.<sup>62</sup>

Embora inicialmente possa se detectar o que aparenta ser unicamente uma semelhança na grafia, o exame do conteúdo indica o contrário.

---

<sup>58</sup> Por exercício livre de reflexão entenda-se o exame de expressões que ligam-se, de uma forma ou outra, à questão da guarda, cujo exame tem por objetivo preparar para a apresentação de um ou vários conceitos do tema. Por tal motivo, optou-se pela pesquisa em dicionários não jurídicos.

<sup>59</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. ver. aument. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986. Vocabulo guarda, verbetes 1 e 2, p. 873.

<sup>60</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. **Direitos...**, p. 236.

<sup>61</sup> FERREIRA, op. cit., vocabulo guardar, verbetes 1, 2, 4, 5 e 8, respectivamente p. 874.

<sup>62</sup> Guardare: soffermare lo sguardo su qualcosa o su qualcuno (aspetto durativo o intensivo del vedere); sottopore ad attento esame. (In.: DEVOTO, Giacomo; OLI, Gian Carlo. **Dizionario della lingua italiana**. 23. ed. Firenze : Le Monier, 1989. p. 1056.) No idioma italiano, a expressão correspondente à guarda é affidamento.

No idioma pátrio, fixar o olhar indica a ação de fitar os olhos ou a vista sobre alguém ou algo, ver, conhecer ou perceber pela visão. Contudo, seu sentido é mais amplo. Ter sob o olhar sugere também a necessidade de tomar conta, cuidar, zelar por, proteger.<sup>63</sup>

O ato de *olhar*, desta forma, pode significar tanto não perder de vista, dando continuidade à observação visual, como a necessidade de zelo, proteção e cuidado.

Como resultado do exercício proposto, tem-se que o sentido geral da guarda, também composto pelas demais expressões, conduz a um conteúdo complexo. Repleto de nuances, inicialmente sugere uma relação entre observador e observado, atribuindo àquele um atuar positivo para cuidar, proteger, amparar este.

Agregado a este aspecto está uma das condições de concretização dos cuidados: ter sob os olhos indica a necessidade de proximidade física, de contato contínuo, o que provoca uma relação de troca entre os sujeitos.

Uma terceira nuance se revela. O ato de guardar indica que quem, ou o que, se guarda está dotado, pelo menos, de duas características básicas: preciosidade e fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranhos o que tem sob sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda.

Já a fragilidade revela a fortaleza do guardião: o mais forte, portador de mais recursos, torna-se responsável pelo mais fraco e cerca-o de proteção e cuidados, zelando para que nada de ordinário lhe aconteça.<sup>64</sup>

Estas matizes da guarda, quando reunidas, apontam para um quarto e último tom a ser aqui explorado. Proteção e contato contínuo, fragilidade e preciosidade fazem com que entre guardião e “**guardado**” exista algo além de uma atuação mecânica: sentimentos fazem-se presentes e, em se tratando de pessoas, atuam reciprocamente e fazem esta relação ir além de uma simples obrigação ou dever.

---

<sup>63</sup> FERREIRA, op. cit., vocábulo olhar, verbetes 6, 7 e 9, p. 1220.

<sup>64</sup> Neste contexto, a responsabilidade também empresta o sentido explorado por Domenico Corradini BROUSSARD: “Cada um de nós é **responsável** pelo outro. **Responsável** no sentido etimológico: ele tem de **responder** ao outro, de responder às perguntas, às dúvidas, às necessidades, aos desejos do **outro**.” (Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental. In.: **Revista da faculdade de direito**, Curitiba, ano 30, n. 30, p. 18.)

Nada obstante se trate de uma “figura de conceituação não muito simples”,<sup>65</sup> cuja elaboração é tarefa na qual não se logra total êxito,<sup>66</sup> em princípio, suas linhas gerais revelam um *conjunto de direitos e deveres afetos a uma pessoa, que tem outra sob seus cuidados*. Infere-se, desta forma, o caráter protetivo do instituto.<sup>67</sup>

A esta noção básica a doutrina agrega outros elementos. Destacando a presença física, José Antônio de Paula SANTOS NETO entende-a como “o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância e ampla assistência em relação a este.”<sup>68</sup>

Mário Aguiar MOURA centra sua preocupação em elemento semelhante. Compreendendo a guarda como um controle objetivo do desenvolvimento do menor, entende que, “em sentido jurídico, representa a convivência efetiva dos pais ou responsável com o menor, sob o mesmo teto, com o dever de assistência material, para sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico.”<sup>69</sup>

---

<sup>65</sup> BITTENCOURT, Edgard. de Moura. **Guarda de filhos**. 2. ed. São Paulo : LEUD, 1981. p. 01.

<sup>66</sup> Será possível observar que o exame do conteúdo da guarda não implica, necessariamente, em ter como resultado um conceito, por si só excludente. O que se pretende é apresentar seus vários aspectos.

<sup>67</sup> Registra Luiz Edson FACHIN que “[...] tal como modelada no âmbito do Código Civil brasileiro, a guarda caminha em direção à proteção, sob a égide da prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, na esteira do ECA.” (Em nome..., p. 590.) O aumento do conteúdo protetivo da guarda aproxima-a mais de outros institutos com semelhante objetivo, a ponto de Maria Helena DINIZ, em seu **Curso**, no volume dedicado ao Direito de Família, dedicar um tópico específico à guarda no capítulo V, que trata do direito assistencial. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 11 ed. aum. e atual. São Paulo : Saraiva, 1996. v. 5.). De fato, a guarda, examinada no atual contexto das relações jurídicas de família, apresenta uma certa autonomia que permite vislumbrá-la tanto como uma atribuição da autoridade parental, da tutela e da adoção, como de forma deles destacada.

<sup>68</sup> SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 139.

<sup>69</sup> MOURA, Mário Aguiar. Guarda do filho menor. In.: **AJURIS**, Porto Alegre, n. 19, 1980, p. 15.

Ambos, em princípio, centram a guarda na “**posse**”, no contato contínuo e, como consequência deste, surgem deveres de vigilância e assistência que conduzem ao desenvolvimento do menor.<sup>70</sup>

Porém, mais adiante, Mário Aguiar MOURA continua: “A guarda é dever que supõe não só a presença física do detentor, pai ou mãe, mas a presença na educação e na formação do menor.” E completa: “O efetivo relacionamento pais-filhos é proporcionado pelo feixe de direitos-deveres que se entretecem no exercício da guarda.”<sup>71</sup>

Guilherme Gonçalves STRENGER agrega a estes sentidos a presença da disciplina jurídica como elemento orientador. Segundo seu entendimento, a guarda de filhos ou menores “é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição.”<sup>72</sup>

Diante das particularidades referidas, infere-se a riqueza do conteúdo do instituto, cujo viés protetivo, implementado pela proximidade física,<sup>73</sup> aponta para uma direção única, posto estar condicionada ao interesse do filho.<sup>74</sup>

Este cuidado se sustenta na orientação básica a ser seguida em situações onde estejam presentes crianças e adolescentes: protegê-las prioritariamente, atendendo a seus interesses, sempre tendo em vista que, “em razão da condição

---

<sup>70</sup> A expressão “**menor**” foi aqui colocada com um propósito específico. Como registra Josiane Rose Petry VERONESE, “a expressão ‘menor’ foi usada como categoria jurídica, desde as Ordenações do Reino, como caracterizadora da criança ou adolescente envolvido com a prática de infrações penais. Já no Código de Menores de 1927, o termo foi utilizado para designar aqueles que se encontravam em situações de carência material ou moral, além das infratoras. Com o surgimento do Código de Menores de 1979, surge uma nova categoria: ‘menor em situação irregular’, isto é, o menor de 18 anos abandonado materialmente, vítima de maus-tratos, em perigo moral, desassistido juridicamente, com desvio de conduta ou autor de infração penal.” (op. cit., p. 11-2). Por trazer consigo esta carga discriminatória, optou-se pela não utilização, salvo se a mesma foi empregada numa citação pela jurisprudência ou pela doutrina que integram este trabalho.

<sup>71</sup> MOURA, op. cit., p. 15-6.

<sup>72</sup> STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p. 22.

<sup>73</sup> E não no sentido oposto como sugere José Antônio de Paula SANTOS NETO, que examina a guarda a partir da autoridade parental e não como um instituto autônomo. (op. cit., p. 139.).

<sup>74</sup> BITTENCOURT, op. cit., p. 13.

específica de pessoa em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral.”<sup>75</sup>

A proteção geral destinada às crianças e adolescentes, assentada em sua condição de incapaz,<sup>76</sup> se prolonga e incide sobre estas enquanto desempenham o papel de filhos numa relação paterno-filial.<sup>77</sup>

Assim sendo, ao relacionar outros elementos à noção básica de guarda, na perspectiva do Direito de Família, ela poderia ser compreendida como um *instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial*.

Reforçando o alerta anterior, trata-se de um esboço do conteúdo da guarda, que não é perfeito e acabado. E nem este é o objetivo. As idéias foram apresentadas tanto para não se furtar ao problema, bem como para apontar argumentos que permitam dar continuidade às reflexões.<sup>78</sup>

## 2 AS POSSÍVEIS ORIGENS DA GUARDA

<sup>75</sup> VERONESE, op. cit., p. 15.

<sup>76</sup> A incapacidade a que se refere o texto compreende dois sentidos. O jurídico, uma exceção à regra geral da capacidade, é revelado pelos artigos 5º, I e 6º, I do Código Civil brasileiro, sendo suprida pelos institutos da representação na primeira hipótese e pela assistência na segunda, tem como interesse determinante o do próprio incapaz, (PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. actual. Coimbra : Coimbra, 1994. p. 220.) e indica em que medida o sujeito poderá atuar de forma autônoma na esfera jurídica (AMARAL, Francisco. **Direito civil** : Introdução. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 208.) A mesma incapacidade, em linguagem coloquial, aponta para o estado de formação incompleta em que se encontram as crianças e os adolescentes, gerando para seus responsáveis o dever de proteção e educação, até que o processo de formação se complete.

<sup>77</sup> Relação paterno-filial é aquela decorrente do vínculo de parentesco, consangüíneo ou civil, em linha reta e de primeiro grau, que une permanentemente pais e filhos.

<sup>78</sup> Cuida-se de uma proposta, semelhante àquela de Luiz Edson FACHIN: “O destinatário da palavra não é apenas convidado a correr sobre linhas e deglutinar dados, mas sim a ler rescrevendo o que vê, implícito e explícito, no verbo e na ação do dizer.” (**Elementos críticos do direito de família** : Curso de direito civil. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 01.).

A guarda, compreendida como um instituto jurídico, pode ser conjugada com outros, tais como a autoridade parental e a tutela, ou esta só, numa determinada relação jurídica, conservando seu caráter protetivo e tendo por norte atender o interesse daquele que nela está abrigado.

Seu exame neste trabalho, conforme explicitado anteriormente, se restringirá às hipóteses onde ela esteja ligada à relação paterno-filial. Nada obstante, ao examinar suas possíveis origens, também serão objeto de reflexão as outras hipóteses, somente como forma de contraste.

Inicialmente, a relação existente entre o guardião, a criança e o adolescente sob seus cuidados pode estar relacionada à presença ou à ausência de relações paterno-filiais completas.<sup>79</sup> Nesta perspectiva, o exame da guarda pode ser feito a partir de seu elemento gerador.

Como regra geral, a guarda decorre de determinação legal, especialmente nos casos de pátrio-poder assim como, na compreensão de Edgard de Moura BITTENCOURT, na tutela.<sup>80</sup>

Excepcionalmente, segundo Edgard de Moura BITTENCOURT, pode ter origem em decisões judiciais, especialmente quando se tratar de alteração das hipóteses anteriores e em “separação judicial, nulidade ou anulação de casamento”.<sup>81</sup>

Pode ainda dimanar de acordo, judicialmente homologado, nos casos de separação consensual e de atribuição da guarda a um terceiro, quer em caso de separação ou na constância da sociedade conjugal.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> A noção de completude indica que o conjunto de direitos e deveres dela decorrentes, consubstanciados na autoridade parental, faz-se presente na totalidade.

<sup>80</sup> BITTENCOURT, op. cit., p. 13. A expressão pátrio poder é empregada pelo autor.

<sup>81</sup> *Id. Ibid.*, p. 16. As demais hipóteses relacionadas pelo autor, casos de situação irregular do menor ou as hipóteses previstas pelo artigo 16, §2º da Lei de Proteção à Família que cuidavam de ocorrência de motivos graves, devidamente comprovados, dizem respeito à legislação vigente antes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>82</sup> *Id. Ibid.*, p. 16.

Uma situação fática é outra possibilidade, que ocorre quando “alguém, sem intervenção do juiz, toma a seu cargo a criação e educação do menor.”<sup>83</sup> Neste caso, a guarda pode criar um “vínculo jurídico que só será destruído por decisão judicial.”<sup>84</sup>

J. Franklin Alves FELIPE tem entendimento diverso. Dividindo em duas as situações que podem dar origem à guarda, seu fundamento reside na diferença de regulamentação: “a guarda de menores em decorrência da separação de fato ou de direito entre os pais e a de menores de que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente.”<sup>85</sup>

As análises conduzem à reflexão sobre que aspectos devem ser levados em conta quando da classificação das formas de guarda.

Ao se ter como critérios o fim da união dos pais e as hipóteses do Estatuto corre-se o risco de privilegiar a análise dos casos em que o instituto surge como necessário para dirimir questões já apresentadas ao judiciário, aspecto também ressaltado na análise inicial. Porém, examinando o instituto da guarda como um todo, é possível observá-la sob outra perspectiva.

Tendo como elemento informador a origem da relação jurídica que confere a guarda de uma criança ou adolescente a alguém, duas são as possibilidades: ou pode nascer por força de lei, quando assumiria a denominação de legal, ou pode ter origem em decisão judicial.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> *Id. Ibid.*, p. 19.

<sup>84</sup> *Id. Ibid.*, p. 19.

<sup>85</sup> FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 18.

<sup>86</sup> Encontra-se em Alberto TRABUCCHI esta dupla face da guarda: “Quando si parla di affidamento, l'espressione può essere intesa in duplice significato: affidamento come diretta assegnazione del soggetto all'una o all'altra di più persone che avrebbero titolo per prenderne cura, o affidamento di minori perché manca una persona che abbia titolo a prenderne cura (nel primo caso, si trova la scelta dell'affidamento tra due coniugi separati, nel secondo la cura per l'abbandonato). (Quando se fala de guarda, a expressão pode ser compreendida em dois sentidos: guarda como a direta atribuição do sujeito a uma ou outra das várias pessoas que possam tê-la sob cuidado, ou guarda de menores pois falta uma pessoa que possa tê-lo sob cuidado (no primeiro caso, se encontra a escolha da guarda entre os dois cônjuges separados, no segundo os cuidados para o abandonado).)” (Il diritto di famiglia. **Istituzioni di diritto civile**. 37 ed. Padova : CEDAM, 1997. p. 310.).



A guarda será legal quando, amparada em lei, surgir de forma imediata, prescindindo de qualquer intervenção judicial para que possa ser concretizada.<sup>87</sup> Esta modalidade assenta basicamente na relação paterno-filial, cujo vínculo jurídico de parentesco tem sua representação formal feita através de uma certidão de nascimento. É compreendida, então, como um atributo da autoridade parental, decorrente da relação de filiação, exercida naturalmente pelos pais.

Assim sendo, esta se faz presente quando a guarda em tela está relacionada à autoridade parental em pleno exercício bem como diante da necessidade de estabelecê-la judicialmente a um dos genitores, desde que tais situações tenham tido origem na referida autoridade.

Em situações onde a inexistência ou o fim da união dos genitores exige decisão para estabelecer a guarda do filho a um deles, a intervenção judicial surge como elemento secundário, que não descaracteriza a modalidade legal, mas somente atribui seu exercício exclusivo.

A guarda decorrente de decisão judicial tem sua esfera de atuação delimitada como que por exclusão:<sup>88</sup> terá lugar quando for imprescindível a intervenção do julgador para decidir sobre o excepcional estabelecimento da guarda de uma criança ou adolescente fora de sua família de origem,<sup>89</sup> mesmo que exista

---

<sup>87</sup> Maria Helena DINIZ emprega a expressão guarda legal em sentido diverso. Agregando o qualificativo concedida judicialmente, é a modalidade utilizada para “colocar menor em família substituta ou em associação, independente de sua situação jurídica (arts. 165 a 170), até que se resolva, definitivamente, o destino do menor.” ( v. V, p. 417).

<sup>88</sup> A afirmação é feita, em sentido contrário, por Tânia da Silva PEREIRA. Entende a autora que os casos especiais contemplados no Estatuto da Criança e do Adolescente têm caráter especial, de forma que todos os demais dizem respeito a situações gerais de Direito de Família. Este entendimento fundamenta a divisão de competência processual nos casos de guarda. (**Direito...**, p. 240).

<sup>89</sup> Eduardo Bezerra de Medeiros PINHEIRO, Juiz de Direito do Rio Grande do Norte, em exame da guarda na perspectiva do Estatuto da Criança e do Adolescente, conceitua-a como “a decisão judicial, a qualquer tempo revogável, adotada, a título de medida específica de proteção, pela qual a criança ou o adolescente é, em casos excepcionais, retirada de sua família natural, quando esta não desempenhar, a contento, sua função básica e, por lhe ser mais benéfica ou menos traumatizante, colocada em outra, denominada de substituta.” (Guarda : Dos requisitos à sua concessão e outros temas. **Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, vol., 24, n.1-2, dez. 95. p. 141.).

um conflito entre o genitor, ou genitores, e um terceiro, tendo como objetivo principal assegurar que os interesses daqueles sejam atendidos.<sup>90</sup>

Inicialmente atendendo às situações previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, do artigo 28 ao 35, dentro da sistematização apresentada, localiza-se no Livro I, Título II, Capítulo III, que cuida do direito à convivência familiar e comunitária, Seção III, que regulamenta a família substituta.

Da leitura se infere seu objetivo: suprir a ausência, transitória ou permanente, de uma efetiva relação paterno-filial que atenda as necessidades indispensáveis ao desenvolvimento de uma criança ou adolescente.<sup>91</sup>

Garantindo o disposto no artigo 19 da referida Lei,<sup>92</sup> diante da impossibilidade da permanência na família de origem, excepcionalmente pode ser feita a colocação em família substituta, nos termos do artigo 33 e parágrafos.<sup>93</sup>

O caráter de excepcionalidade, em princípio, garante que num caso concreto onde a família de origem e uma substituta tenham condições e aptidão semelhantes para atender aos interesses da criança e do adolescente, a preferência deve ser da primeira.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> Nesta modalidade se encontra a guarda atribuída a um terceiro quando do fim da união dos genitores. Justifica-se esta localização pelo critério adotado: não ter origem na autoridade parental e ter existência jurídica mediante decisão judicial.

<sup>91</sup> A referência à efetividade da relação paterno-filial significa a normalidade nas relações entre pais e filhos. A ressalva é necessária uma vez que no revogado Código de Menores, a colocação em família substituta somente acontecia diante da existência de menor em situação irregular. Com o Estatuto, houve a adoção da Doutrina Jurídica da Proteção Integral, o que alargou a esfera de atuação do diploma legal.

<sup>92</sup> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

<sup>93</sup> “Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º. A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, limiar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º. Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.”

<sup>94</sup> Este aspecto é destacado por Eduardo Bezerra de Medeiros PINHEIRO, para que o deferimento da guarda, nas modalidades do Estatuto da Criança e do Adolescente, é medida excepcional, somente passível de concessão se, além de presentes seus requisitos específicos, seja ouvida a criança ou o adolescente e seja feita verificação e constatação, via equipe interdisciplinar, da falta de condições da família natural. (op. cit., p. 142).

Nesta hipótese, a guarda poderá ou não adquirir contornos de medida preparatória de tutela ou adoção, o que será possível afirmar somente diante do exame de um caso concreto.

Configurando a medida preparatória prevista no artigo 33, §1º do Estatuto, será provisória quando concedida, liminar ou incidentalmente, perdurando até a decisão final da tutela ou adoção.<sup>95</sup> Se a principal for julgada procedente, passará a ter caráter permanente, mas ligada a outro instituto.<sup>96</sup> Caso contrário, chegará ao fim.

Se o objetivo específico for somente a guarda, a decisão que a atribuir será permanente, em contraponto ao caráter de medida preparatória que ela também poderá assumir, nos termos da primeira hipótese do artigo 33, §2º do Estatuto.<sup>97</sup>

Trata-se da existência de situação peculiar ou especial, que pode representar “uma medida ideal para amparo de criança ou de adolescentes quando há razões pessoais para não transformá-los em filhos próprios.”<sup>98</sup>

A possibilidade de concessão desta modalidade dependerá, como em todos os casos de guarda, do exame do caso concreto,<sup>99</sup> cujo resultado dará indicativos sobre sua possibilidade ou não.

---

<sup>95</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, tutela e adoção**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1997. p. 37.

<sup>96</sup> Não se deve confundir caráter permanente com definitividade, pois as decisões específicas sobre guarda, associando os termos do artigo 35 do Estatuto à natureza continuativa da relação jurídica que lhe dá origem, podem ser revistas e revogadas a qualquer tempo. No caso da adoção, o vínculo de parentesco civil que une adotante e adotado nos papéis de pai e filho, uma vez estabelecido, transfere o tratamento da guarda da esfera do Estatuto para o das relações paterno-filiais. Quanto à tutela, a guarda decorre da mesma, posto que aquela vem suprir a falta da autoridade parental e, por tal motivo, traz consigo seus atributos.

<sup>97</sup> OLIVEIRA, J. M., op. cit. p. 37.

<sup>98</sup> PEREIRA, Tânia. **Direito...**, p. 241.

<sup>99</sup> O acórdão em tela cuida de recurso à sentença onde medida de guarda autônoma foi denegada por falta de amparo legal. A decisão do Juízo *a quo* foi cassada posto que “O Estatuto da Criança e do Adolescente permite a guarda autônoma, e não apenas como medida incidente em procedimentos de tutela e adoção. Porém, só excepcionalmente. Assim, é preciso fazer pesquisa fático-probatória, a fim de apurar se há, ou não, caso excepcional que permita aquela espécie de guarda.”(p. 387). Além disto, afirma ainda o magistrado, em seu voto : “Tenho que a sentença deva ser cassada para que prossiga o processo em sua tramitação, até o julgamento de mérito. No entanto, quero deixar bem claro, não estou dizendo seja o caso de concessão da guarda no caso concreto; aliás, nem seria lícito tal prejudgamento. Estou exclusivamente considerando que a matéria exige melhor indagação fático-probatória. [...] não é possível ficar no debate apenas de teses

Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Desembargador Sérgio Gischkow PEREIRA exemplifica o que seria uma situação peculiar: “pais vivos, presentes e não inaptos ao desempenho do pátrio poder, mas que, por razões de doença permanente, não pudessem atender adequadamente aos deveres da guarda.”<sup>100</sup>

Ao contrário, se os pais têm condições materiais e morais de criar o filho, mesmo que com recursos restritos, devem fazê-lo, dentro de suas possibilidades específicas, não sendo possível destacar a guarda da autoridade parental unicamente para fins previdenciários, por exemplo.<sup>101</sup>

Caso a atribuição da guarda tenha por objetivo suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, tem-se a guarda peculiar,<sup>102</sup> deferida para a prática de certos atos, necessários à criança ou ao adolescente.

A regularização da guarda fática, avençada na primeira parte do artigo 33, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é outra espécie. Trata-se, segundo Tânia da Silva PEREIRA, de medida transitória “aplicável no caso de a criança ou adolescente se encontrar em companhia de alguém que cuide de sua pessoa, bens e interesses, na ausência dos pais ou tutor, oficiosamente, ou a pedido de um ou de outro.”<sup>103</sup> Contudo, nada impede que da regularização resulte uma atribuição permanente, fundada na presença conjunta da guarda fática e de uma situação peculiar.<sup>104</sup>

---

jurídicas, em abstrato, sem levar em conta as circunstâncias do caso concreto em análise.” (p. 388) (Apelação Cível 595155276. A. B. L. e A Justiça. Relator: Desembargador Sérgio Gischkow Pereira. 09 de novembro de 1995. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 177, p. 387-389, ago. 1996.).

<sup>100</sup> Conforme Apelação Cível n.º 595155276, op. cit.

<sup>101</sup> Também esta posição encontra respaldo na decisão já citada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme registra o Desembargador Sérgio Gischkow PEREIRA: “Assim, por exemplo, o só interesse previdenciário não credencia ao deferimento da guarda definitiva, o que, como foi destacado nestes autos, seria a consagração de uma inverdade pelo judiciário [...]” (Apelação Cível n.º 595155276, op. cit., p. 389).

<sup>102</sup> OLIVEIRA, J. M.. op. cit., p. 38.

<sup>103</sup> PEREIRA, Tânia. **Direito...**, p. 241.

<sup>104</sup> É o que se observa, a título ilustrativo, em decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, onde a guarda da neta foi atribuída à avó, fundada na conjugação da existência da guarda fática com a impossibilidade da genitora arcar sozinha com o sustento da filha: “[...] a Sra. A pretende simplesmente consolidar uma situação de fato já existente, haja vista que a menor É. vive com a mãe

Outra hipótese presente no Estatuto da Criança e do Adolescente diz respeito a uma medida obrigatória. Nos termos do artigo 248,<sup>105</sup> é expressa a necessidade de regularização da guarda de adolescente trazido de outra comarca para prestar serviços domésticos, mesmo que com a autorização dos pais.

Faz-se necessário destacar que, uma vez atribuída a guarda de uma criança ou adolescente, ela assume a condição de dependente, para todos os fins, inclusive o previdenciário, nos termos do artigo 33, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>106</sup>

A assistência previdenciária é uma consequência do instituto, e não sua função primordial, de modo que, se este for o único ou o principal motivo que fundamente o pedido de concessão, o mesmo não encontrará respaldo nos demais elementos que compõem e informam o instituto, tais como a proteção, a educação e o sustento.

Diante da classificação sugerida, a competência quanto às situações de guarda pode ser destacada como outro aspecto diferenciador. Será matéria de competência dos Juízos de Infância e Juventude, nos termos do artigo 148,

---

na sua residência e às suas expensas, malgrado ainda o fato de que a avó lhe presta amparo moral e afetivo, [...] sendo certo que a geratriz anuiu a respeito da concessão da guarda, vez que não dispõe de recursos suficientes para suprir as suas necessidades básicas mais emergentes.” (Apelação Cível 43.515-1/188. A. C. e Ministério Público (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Fenelon Teodoro. 25 de novembro de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 750, p. 364-368, abril. 1998. p. 366.).

<sup>105</sup> “Art. 248. Deixar de apresentar à autoridade judiciária de seu domicílio, no prazo de cinco dias, com o fim de regularizar a guarda, adolescente trazido de outra comarca para a prestação de serviço doméstico, mesmo que autorizado pelos pais ou responsável: Pena - multa de três a vinte salários-de-referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência, independentemente das despesas de retorno do adolescente, se for o caso.”

<sup>106</sup> A Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997, alterou o § 2º do artigo 16 da Lei 8.213, de 24 de junho de 1991, restringindo o acesso à condição de dependente, para fins previdenciários, os enteados e menores tutelados, excluindo crianças e adolescentes que o segurado tenha sob guarda, conforme estabelecia o texto original da referida Lei. Outra alteração significativa foi a exigência de comprovada dependência econômica do dependente, remetendo ao Decreto 2.172, de 05 de março de 1997 o regulamento da comprovação. Isto afronta a Doutrina da Proteção Integral da Criança, que deve orientar todas as situações onde estejam presentes crianças e adolescentes, assegurada pela lei nos artigos 1º, III e 227 da Constituição Federal e no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, para o INSS, o elemento determinante é a comprovada dependência econômica ao segurado. Desta forma, a guarda para fins exclusivamente previdenciários não será possível junto ao INSS pois falta a dependência econômica, ao passo que, existindo esta, a condição de dependente é administrativamente reconhecida.

parágrafo único, alínea a,<sup>107</sup> as situações onde a guarda seja medida de colocação em família substituta, com fundamento no artigo 98,<sup>108</sup> associado ao 101, VIII,<sup>109</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>110</sup>

Em linhas gerais, verificam-se tais hipóteses quando inexistir titular da autoridade parental ou, diante de sua existência, houver ele incorrido em omissão, abuso ou conduta que possa colocar o filho em situação incompatível com seu melhor interesse.

Por outro lado, se não há qualquer fato que demonstre estarem os filhos em situação que desatenda seu interesse, posto que os pais estão cumprindo regularmente todas as atribuições da autoridade parental, exclui-se a aplicação do artigo 98 do Estatuto, e a competência deverá ser definida pelo Código de Organização Judiciário de cada Estado.<sup>111</sup> Trata-se, em verdade, de competências distintas, cuja determinação deverá ser feita a partir do exame do caso concreto.<sup>112</sup>

---

<sup>107</sup> “Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: Parágrafo único: Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses dos art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: a) conhecer de pedidos de guarda e tutela;”

<sup>108</sup> “Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.”

<sup>109</sup> “Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: VIII - colocação em família substituta.”

<sup>110</sup> PEREIRA, Tânia. **Direito...**, p. 240.

<sup>111</sup> No estado do Paraná, a competência é do juiz de família, nos termos do artigo 221, incisos I e II, do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Paraná, a Lei Estadual 7.297, de 08 de janeiro de 1980. “Art. 221. Aos Juizes das Varas de Família, de 1ª a 4ª, compete por distribuição: I - processar e julgar as ações de nulidade e anulação de casamento e desquite; as relativas ao estado civil das pessoas; as fundadas diretamente em direitos e deveres entre os cônjuges, pais e filhos; as relativas à filiação e ao reconhecimento de filhos; cumuladas ou não com petição de herança; e as concernentes ao regime de bens de casamento; II - conhecer as causas de alimentos e daquele sobre a posse e guarda de filhos menores, nas questões entre os pais ou entre estes e terceiros;”

<sup>112</sup> Em decisão acerca de um conflito negativo de competência, onde o suscitante foi o Juiz da Infância e Juventude e o suscitado o Juiz da Vara de Família e Sucessões de Caxias do Sul, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu por sua improcedência em razão de estar flagrante o “abandono e a situação irregular” em que se encontravam os menores, o que indicava a presença da hipótese do artigo 148, parágrafo único, alínea a, e do artigo 98, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, determinando sua competência para o suscitante. (Conflito de Competência e Atribuição 595175803. Juiz da Infância e da Juventude da Comarca de Caxias do Sul e Juíza de Direito da 2ª Vara de Família da Comarca de Caxias do Sul. Relator: Desembargador

### 3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SUA NATUREZA JURÍDICA

A atribuição a uma pessoa, o guardião, de um conjunto de direitos e deveres que integram a guarda pode assumir, como feição principal, ser um direito ou um dever.<sup>113</sup> Não há que se confundir, neste caso, o conjunto de direitos e deveres, conteúdo atribuído por força da guarda, com sua própria natureza, posto que são diferentes.

O que se examina, neste ponto, é a natureza jurídica do instituto, revelada inicialmente pela legislação, concentrando as atenções na modalidade conexa à relação paterno-filial.

Em linhas gerais, a legislação nacional não firmou posição única, especialmente por coexistirem dispositivos legais que datam de momentos diversos, e refletem o modelo de família de seu tempo.

O Código Civil brasileiro cuida do tema em duas ocasiões. Destaca-o, inicialmente, como um dos deveres decorrentes do casamento, que obriga ambos os

---

Alceu Binato de Moraes. 13 de dezembro de 1995. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 175, Tomo I, p. 352-353, abril. 1996.) .

Confirmando esta posição, o mesmo Tribunal decidiu que não estando o menor em situação de abandono, a competência para julgar a guarda é da Vara de Família, o que permite clarear, dentro do exposto, a questão da competência. (Apelação Cível 595079146. G. L. B. / G. M. B. / M. J. M. B. e Ministério Público. Relator: Desembargador Waldemar L. de Freitas Filho. 06 de dezembro de 1995. Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 175, tomo II, p. 601-602, abril. 1996.).

<sup>113</sup> Direito e dever, de modo geral, podem dar margem a uma infundável discussão. Empregados neste contexto, empresta-se o conteúdo básico dos professores José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ: “Quando [...] utilizamos a palavra direito em seu sentido subjetivo, estamos querendo referir-nos a um [...] conjunto de realidades, que significam a posição de uma pessoa determinada em face do Direito Objetivo, posição essa que pode ser favorável ( e então nós temos a noção de direito subjetivo) ou desfavorável (então surgirá a noção de dever jurídico, ou pelo menos, de sujeição).” (op. cit., p. 27) Ao se referirem ao Direito Objetivo, grafado intencionalmente com iniciais maiúsculas, contraponto necessário para a compreensão daquele outro sentido, estão eles “pensando na ordenação da vida social e no conjunto de regras gerais e abstratas que fazem o conteúdo dessa ordenação.” (op. cit., p. 27) Desta forma, a guarda será um direito dos genitores se estes ocuparem uma posição favorável em face do Direito Objetivo. Se, ao contrário, lhes for exigido um comportamento em virtude da posição desfavorável que ocupam, ter-se-á um dever, que, descumprido, pode gerar uma sanção civil que pode ser, por exemplo, a perda da guarda e, até mesmo, da autoridade parental.

cônjuges.<sup>114</sup> Idêntico dever é atribuído aos conviventes em relação aos filhos comuns.<sup>115</sup>

Num segundo momento, foi ela relacionada como um dos elementos da autoridade parental.<sup>116</sup> O codificador, ao determinar que *competete*<sup>117</sup> aos pais ter os filhos sob sua companhia e guarda, indicou a existência de um direito, fortalecido com a possibilidade de reclamá-los de quem injustamente os detenham.

O mesmo tema, examinado pelo enfoque dado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, indica um caminho diferente. Conforme a Doutrina da Proteção Integral, a criança e o adolescente têm proteção prioritária, de forma que a guarda toma feições de um dever, atribuído ao titular adulto.<sup>118</sup>

Na Lei do Divórcio, a guarda recebe tratamento jurídico indireto. Examinada a partir do fim da união matrimonializada dos pais, o legislador direcionou suas preocupações no sentido de utilizar tal elemento como um dos aspectos a serem levados em conta quando do fim do casamento. Arelado a outra relação jurídica, recebeu contornos de um direito do cônjuge, atribuído ou pela lei ou por vontade comum.<sup>119</sup>

<sup>114</sup> “Art. 231. São deveres de ambos os cônjuges: [...]; IV – sustento, guarda e educação dos filhos.” Esta redação foi conservada no Projeto do Código Civil, já com redação final das Emendas do Senado ao Projeto de Lei da Câmara n.º 118, de 1984 (n.º 634, de 1975, na Casa de origem), no artigo 1569, IV.

<sup>115</sup> Conforme a Lei 9.278, de 10 de maio de 1996: “Art. 2º. São direitos e deveres iguais dos conviventes: III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.”. O Projeto do Código Civil contém disposição semelhante: “Art. 1736. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

<sup>116</sup> Ocorre que, neste caso, o instituto da autoridade parental não pode ser compreendido como unicamente um direito, uma vez que, contemporaneamente, sua dicção doutrinária já passou por significativas transformações e o interesse dos filhos ocupa posição central. A questão da autoridade parental será objeto de rápido exame neste capítulo, alguns tópicos à frente. Sobre o tema, ver: SANTOS NETO, op. cit.. ROCHA, J. V. Castelo Branco. **O pátrio poder**. 2. ed. São Paulo : Leud, 1978. Para um viés mais questionador, FACHIN, Em nome ... .

<sup>117</sup> A expressão *competete*, do verbo *competir*, tem como um dos sinônimos *pertencer por direito*, sugerindo que àquele a quem compete algo tem sobre o mesmo um direito. (FERREIRA, op. cit., p. 440, verbete 3).

<sup>118</sup> A presença de um dever pode ser detectada na redação do artigo 22: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

<sup>119</sup> Observa-se tal orientação com a leitura de alguns dos dispositivos legais relativos à proteção da pessoa dos filhos, especialmente presente nos artigos 9º ao 12º da Lei 6.515, de 26 de



A título de ilustração, no Código Civil italiano não há expressa menção à guarda como um dos deveres decorrentes do casamento. Os relacionados no artigo 147<sup>120</sup> obrigam os cônjuges-pais à manutenção, à instrução e à educação, respeitadas as capacidades, as inclinações naturais e as aspirações dos filhos, numa clara preocupação com a garantia da liberdade destes.<sup>121</sup> Quanto à autoridade parental, o artigo 316 do referido Código estabelece que o filho a ela está sujeito,<sup>122</sup> sugerindo a existência de um direito potestativo dos pais sobre os filhos.<sup>123</sup>

Tecendo comentário acerca dos dispositivos legais em destaque, cujo conteúdo é compatível com a presente orientação dada ao tema, Paolo VERCELLONE registra que a sujeição do filho, decorrente da *potestà*, não tem um

---

dezembro de 1977: tanto a possibilidade de acordo entre os pais como a orientação legal que garante a um dos genitores a guarda dá indicativos que esta, quando examinada neste contexto, se mostra mais um direito que um dever dos pais. O Projeto do Código Civil, em seus artigos 1.588 a 1.595, em linhas gerais, repete a forma de estabelecimento presente na Lei 6.515/77 e vai adiante ao estabelecer, no artigo 1.593, que o genitor que se casar novamente não perde o **direito** de ter os filhos consigo.

<sup>120</sup> "Art. 147. *Doveri verso i figli* - Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli." Neste ponto, é oportuno destacar que, por opção da autora, os textos legais serão mantidos em idioma original.

<sup>121</sup> Em comentário a este artigo, Alberto TRABUCCHI registra que o mesmo se trata mais de um princípio a ser recordado do que a determinação de obrigações precisas, que pode ser dividido em duas partes: "Nella prima parte si stabilisce quali sono i doveri verso i figli, ribadendo che essi incidono parimenti sull'uno e sull'altro coniuge; nella seconda, si fissano i criteri per l'esplicazione concreta degli indicati obblighi dei genitori." (Na primeira parte se estabelece quais são os deveres em relação aos filhos, reafirmando que esses incidem igualmente sobre um ou outro cônjuge; na segunda, se fixam os critérios para a explicação concreta das indicadas obrigações dos genitores.) (**Commentario al diritto italiano della famiglia**. Padova : CEDAM, 1992. Tomo secondo. p. 563).

<sup>122</sup> "Art. 316. *Esercizio della potestà dei genitori* - Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore (c. 2) o alla emancipazione (c. 390 ss., 2048, 2941 n. 2). La potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori (c. 155). In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice (att. c. 38) indicando i provvedimenti che ritiene più idonei. Se sussiste un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, il padre può adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili. Il giudice (att. c. 38), sentiti i genitori ed il figlio, se maggiore degli anni quattordici, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio (att. c. 51)."

<sup>123</sup> Por direitos potestativos entenda-se "os poderes jurídicos de, por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte. Corresponde-lhes a *sujeição*, [...]" (PINTO, op. cit., p. 174. Grifo no original.).

fim em si mesma, posto que se constitui num instrumento necessário para manter, instruir e educar o filho, concretizando a função essencial de protegê-lo.<sup>124</sup>

Acerca do fim da união matrimonializada, não se observa no modelo italiano muita semelhança com o nacional. Neste, de certa forma a decisão da guarda está atrelada à relação conjugal, enquanto que naquele, há a determinação de *provvidências a serem tomadas* em atenção ao filho, posição destacada no artigo 155<sup>125</sup> do Código Civil italiano e reafirmada na Lei que regulamenta o divórcio.<sup>126</sup>

Na doutrina nacional, refletindo a variedade legislativa, o assunto também não recebe tratamento unânime. Entende Silvio RODRIGUES que a guarda, examinada sob a perspectiva da autoridade parental, é tanto um dever como um direito dos pais: dever pois incumbe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, uma vez que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho.<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> VERCELLONE, Paolo. Libertà dei minorenni e potestà dei genitori. **Rivista di diritto civile**, anno XXVIII, n. 6, settembre-ottobre/82, p. 539.

<sup>125</sup> "Art. 155. *Provvedimenti riguardo ai figli*. - Il giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa.

In particolare il giudice stabilisce la misura e il modo con cui l'altro deve contribuire al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli, nonché le modalità di esercizio dei suoi diritti nei rapporti con essi.

Il coniuge cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i coniugi. Il coniuge cui i figli non siano affidati ha il diritto e il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse.

L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza, e ove sia possibile, al coniuge cui vengono affidati i figli.

Il giudice dà inoltre disposizioni circa l'amministrazione dei beni dei figli e, nell'ipotesi che l'esercizio della potestà sia affidato ad entrambi i genitori, il concorso degli stessi al godimento dell'usufrutto legale.

In ogni caso il giudice può per gravi motivi ordinare che la prole sia collocata presso una terza persona o, nell'impossibilità, in un istituto di educazione.

Nell'emanare i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e al contributo al loro mantenimento, il giudice deve tener conto dell'accordo fra le parti: i provvedimenti possono essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo, ed emessi dopo l'assunzione di mezzi di prova dedotti dalle parti o disposti d'ufficio dal giudice.

I coniugi hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e le disposizioni relative alla misura e alle modalità del contributo."

<sup>126</sup> Trata-se da Lei 898, 1º dezembro de 1970.

Orlando GOMES tem posição semelhante. Em sua opinião, entende que a guarda é um dos atributos relativos à pessoa dos filhos, sendo “simultaneamente um direito e um dever dos pais.”<sup>128</sup> Nestes casos, o exercício de ambos deve ser feito sempre no interesse do filho.

Retomando algumas noções já examinadas, José Antônio de Paula SANTOS NETO destaca o viés do direito,<sup>129</sup> semelhante à posição de J. V. Castelo Branco ROCHA, para quem o “direito que têm o pai de manter o filho sob a sua companhia e guarda, não pode ser obstado por ato discricionário de quem quer que seja.”<sup>130</sup> Já para Guilherme Gonçalves STRENGER,<sup>131</sup> toma ela feição de poder-dever.<sup>132</sup>

Depreende-se do exposto que não há um consenso sobre a questão. Ora um direito dos pais, ora um dever dos cônjuges ou conviventes, ou, talvez, um poder-dever. Porém, independente da posição adotada, seu exame deve ser pautado num aspecto principal: o interesse dos sujeitos da família.<sup>133</sup>

Na guarda, inicialmente, estes sujeitos são os filhos, seus principais destinatários, que pode ser vista como um direito pessoal de família,<sup>134</sup> e, desta

---

<sup>127</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** : Direito de família. 21. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1995. v. 6. p. 344.

<sup>128</sup> GOMES, **Direito...**, p. 395.

<sup>129</sup> SANTOS NETO, op. cit., p. 139.

<sup>130</sup> ROCHA, op. cit., p. 149. É mister observar que tanto esta como a orientação anterior se justificam na medida em que se tenha em conta ter o exame partido da autoridade parental, condizendo principalmente com a visão codificada da mesma.

<sup>131</sup> STRENGER, op. cit., p. 22.

<sup>132</sup> Poderes-deveres, também denominados por Carlos Alberto da Mota PINTO de poderes funcionais, são aqueles que “não podem ser exercidos *se o seu titular quiser e como queira*, mas devem ser exercidos do modo exigido pela função do direito. Se não forem exercidos quando deviam sê-lo, ou forem exercidos de outro modo, o seu titular infringe um dever jurídico e é passível de sanções.” (op. cit., p. 170. Grifo no original.) Diferenciam-se dos direitos subjetivos, ainda segundo o autor, pois lhes falta liberdade de atuação que é própria daqueles. Carlos Alberto da Mota PINTO é categórico: “Só se nos depara um direito subjectivo quando o exercício do poder jurídico respectivo está *dependente da vontade do seu titular*.” (op. cit., p. 169. Grifo no original.).

<sup>133</sup> OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 12-3.

<sup>134</sup> A noção de direito pessoal de família está ligada às relações intrinsecamente familiares, compreendidas como relações que “têm um carácter acentuadamente pessoal, porque destinadas à tutela da pessoa, nos seus interesses morais e materiais. São os interesses essenciais da pessoa a nota comum desta série de relações jurídicas.” (OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 12.).

forma, deve receber um tratamento jurídico especial, tendo como pano de fundo uma concepção de família eudemonista, pautada no respeito à dignidade de todos os seus membros.

Ao lado dos filhos estão os pais, cujos interesses também devem ser atendidos.<sup>135</sup> Estes se traduzem no direito que têm os genitores de compartilhar o crescimento e o desenvolvimento daqueles, atuando diretamente em sua educação, criação e proteção, como forma de realização pessoal no papel de pai ou mãe.<sup>136</sup>

Desta forma, seja a guarda compreendida como um direito, um dever ou um complexo de direitos e deveres, deve ela ser exercida tendo em conta o modelo jurídico de família em que se desenvolve, respeitando os sujeitos envolvidos e permitindo a todos que o crescimento individual seja efetivo e promova a realização de todos os membros da família.

#### 4 NOÇÕES BÁSICAS E NECESSÁRIAS DA AUTORIDADE PARENTAL<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> Neste ponto, há que se fazer uma ressalva. Este interesse do pai não o coloca com sujeito principal na relação de guarda, onde o que ele deseja é o que informa a decisão a ser tomada.

<sup>136</sup> Alberto TRABUCCHI é incisivo ao afirmar que “Comunque è certo che, allo scopo perseguito di assicurare il compimento di doveri nei riguardi della prole si accompagna l'altro aspetto umano, di assicurare al genitore la soddisfazione di un suo interesse affettivo, naturale, da rispettare, che si colloca accanto al riguardo degli obblighi da adempire verso i propri nati.” (De qualquer modo, é certo que à busca do objetivo de assegurar o cumprimento dos deveres nos cuidados da prole se acompanha outro aspecto humano, de assegurar ao genitor a satisfação de seu interesse afetivo, natural, a ser respeitado, que se encontra junto aos cuidados quanto às obrigações a serem cumpridas em relação aos próprios filhos.) (Il ‘vero interesse’ del minore e i diritti di chi ha l’obbligo di educare. **Rivista di diritto civile**, anno XXXIV, n. 6, novembre-dicembre/88, p. 742.).

A guarda legal, assentada em uma relação paterno-filial,<sup>138</sup> representa um dos atributos inerentes à autoridade parental, que naquela também tem origem.<sup>139</sup>

Desta sorte, é através da guarda dos filhos que se torna possível a concretização da “soma de direitos e deveres concedidos aos pais, para que possam desempenhar os encargos que lhes confere a lei, no tocante às pessoas e bens de seus filhos menores e não emancipados”,<sup>140</sup> o que justifica seu breve exame.

Ao contrário do que se observava no modelo original da *patria potestas* romana, onde cabia unicamente ao *pater*<sup>141</sup> o exercício da *potestas*<sup>142</sup> na família,<sup>143</sup>

---

<sup>137</sup> A expressão é utilizada em lugar de pátrio poder, empregada pelo Código Civil brasileiro de 1916 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para indicar o conjunto de direitos e deveres que têm os pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos. Justifica-se a escolha pois pátrio poder remete ao instituto romano, claramente desigualitário, que ligava-se ao modelo jurídico de família codificado. Autoridade parental afasta a noção de poder e remete ao exercício, conjunto e igualitário, de certos papéis que são executados tanto no interesse dos filhos como dos pais, mais apropriada para a família constitucionalizada. Neste sentido ver: FACHIN, **Elementos...**; LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais** : A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 192.

A questão da nomenclatura não é pacífica. Para José Antônio de Paula SANTOS NETO, “Não há motivo, em nosso entender, para alterar algo que a tradição de nosso Direito já sancionou sobejamente e que tem se prestado de maneira satisfatória e clara para distinguir o instituto ora estudado.”(op. cit., p. 56). O Projeto do Código Civil emprega, no artigo 1642 e seguintes, a expressão poder familiar, já com o exercício igualitário. O Código Civil italiano, em seu artigo 315 e seguintes, utiliza potestà dei genitori que, naquele contexto reflete a subordinação dos filhos, posição criticada por Pietro PERLINGIERI, à página 258, op. cit..

<sup>138</sup> José Antônio de Paula SANTOS NETO alerta sobre a necessidade de não confundir a relação paterno-filial com o conjunto de direitos e deveres que nela têm sua gênese. O vínculo de filiação é pressuposto para a existência e o exercício do poder paternal, sendo este o regulamentador daquela relação. (op. cit., p. 51-2.).

<sup>139</sup> Aduz Pietro PERLINGIERI que o instituto não está mais ancorado no vínculo conjugal pois funda-se na filiação juridicamente relevante, cujo objetivo principal é atender o interesse dos filhos. (op. cit., p. 258-9).

<sup>140</sup> ROCHA, op. cit., p. 36.

<sup>141</sup> O *pater familias* era sempre um sujeito capaz, dito *sui juris*, não necessariamente o pai. Um sujeito masculino solteiro ou uma criança poderiam desempenhar tal papel, desde que não houvesse um ascendente vivo ou capaz. Os demais membros da família eram incapazes, ditos *aliena juris*.

<sup>142</sup> Sobre a própria esposa e as esposas dos filhos incidia a *manus*, sobre os filhos e netos a *patria potestas*, sobre as pessoas que lhes eram vendidas como escravos o *mancipium* e sobre os escravos a *domenica potestas*.

o Código Civil brasileiro, em seu texto original, já havia temperado a exclusividade da atuação paterna, dedicando um restrito espaço à mãe.<sup>144</sup>

Durante este século, no curso da evolução legislativa que modificou os contornos jurídicos da família, a dicção legal do instituto foi alterada. O alcance da igualdade entre os cônjuges, introduzido pelo Estatuto da Mulher Casada,<sup>145</sup> mesmo que de forma reduzida,<sup>146</sup> nele se faz sentir aumentando a esfera de atuação materna.

A igualdade ampla ingressou com a Constituição Federal de 1988,<sup>147</sup> a partir do que pai e mãe, em idênticas condições, passaram a atuar para concretizar todos os aspectos da autoridade que lhes é conferida por força da relação paterno-filial.

Outra alteração significativa foi a dissociação entre autoridade parental e vínculo conjugal. Relacionado pelo Código Civil brasileiro como um dever decorrente do casamento, os cuidados com os filhos nascidos fora de uma família matrimonializada receberam um tratamento legislativo parcelado,<sup>148</sup> revelando excepcionalidade frente ao modelo codificado.

---

<sup>143</sup> Família, empregada neste contexto, abarca o conjunto de pessoas que estavam sob a *manus* ou a *potestas* de um mesmo *pater*. (CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988. p. 95.).

<sup>144</sup> A determinação, presente no artigo 380 do diploma legal civil, tinha a seguinte redação no texto original: “Art. 380. - Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.”

<sup>145</sup> Cuida-se da Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, que deu nova redação ao dispositivo citado do Código Civil brasileiro: “Art. 380. - Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência.”

<sup>146</sup> MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. In.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor** : Inovações e tendências, doutrina e jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 73.

<sup>147</sup> “Art. 226. §5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

<sup>148</sup> Diante da categorização dos filhos em legítimos e ilegítimos, conforme nascidos ou não numa família matrimonializada, a forma de reconhecimento do vínculo jurídico de filiação ilegítima seguiu um caminho rico em diplomas legais, somente citados a título de informação aqueles que diretamente trataram do tema: Código Civil brasileiro, do artigo 355 ao 367; Decreto-lei 3.200, de 19 de abril de 1941; Decreto-lei 4.737, de 24 de setembro de 1942, revogado pela Lei 883; Lei 883, de 21 de outubro de 1949, alterada pelas Leis 6.515, de 26 de dezembro de 1977 e 7.250, de 14 de

Se tal linha de pensamento era justificável numa realidade jurídica familiar onde o matrimônio era a única porta de acesso ao reconhecimento legal, a pluralidade constitucional de modos de constituição de família, associada à valorização dos sujeitos, passou a indicar um outro caminho.

A relação jurídica em tela é a paterno-filial.<sup>149</sup> Desta sorte, independente da ligação existente entre os pais, o vínculo de filiação é que indicará a existência da autoridade parental, que, via de regra, perdurará até a aquisição da capacidade plena por parte do filho.<sup>150</sup>

Até tal momento, sabe-se que o conteúdo da relação paterno-filial, explicitado pelo diploma legal civil vigente, tanto no que tange à pessoa como aos bens dos filhos, é exercida igualmente pelos genitores por força de comando constitucional, o que indica uma alteração dos papéis familiares.

Com o papel desempenhado pelos filhos nas relações familiares não foi diferente. A valorização dos sujeitos resultou, de forma concreta, na prioritária proteção a eles, pessoas em desenvolvimento. Por conseguinte, o filho deixa o papel silencioso de quem sentia os efeitos da decisão dos pais e passa a desempenhar outro, mais eloqüente e central, atuando como destinatário direto do exercício da autoridade parental.<sup>151</sup>

---

novembro de 1984. A Constituição Federal de 1988, no artigo 227, §6º, afasta qualquer resquício de diferenciação ao dispor textualmente que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”. Ademais, qualquer argumento contrário, em especial aos filhos ditos incestuosos, foi vedado com a expressa revogação do artigo 358 do Código Civil brasileiro, pela Lei 7.841, de 17 de outubro de 1989. Por fim, a Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992 tratou da forma de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.

<sup>149</sup> Neste sentido Luiz Edson FACHIN é incisivo: “O exercício da autoridade parental diz respeito à relação que há entre pais e filhos.” ( **Elementos...**, p. 222).

<sup>150</sup> “Art. 392. Extingue-se o pátrio poder: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do parágrafo único do art. 9º, Parte Geral (este alterado para §1º); III - pela maioridade; IV - pela adoção.” Código Civil brasileiro.

<sup>151</sup> Registra Luiz Edson FACHIN que: “Os filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental. Em verdade, constituem um dos sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não são sujeitos passivos, e sim no sentido de serem destinatários do exercício deste direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos pais.” ( **Elementos...**, p. 223).

Não se trata, portanto, de uma relação entre “um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro.”<sup>152</sup>

Uma vez afastada a noção de subordinação do filho em relação aos pais,<sup>153</sup> a autoridade parental revela uma outra feição, posto que, em “uma concepção de igualdade, participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição, entendida tradicionalmente, não pode continuar a realizar o mesmo papel.”<sup>154</sup>

Ao lado da equivalência de atuação dos genitores e da maior participação do filho, outro aspecto destaca-se na autoridade parental. Informado pelos princípios constitucionais balizadores da família igualitária e eudemonista, o instituto “assume mais uma função educativa que propriamente de gestão patrimonial, e é ofício finalizado à promoção das potencialidades criativas dos filhos.”<sup>155</sup>

Desta forma, compete aos genitores, enquanto titulares da autoridade parental, ter por objeto principal a “satisfação da necessidade-direito à educação”<sup>156</sup> dos filhos, uma das formas de concretização de seu interesse.<sup>157</sup>

<sup>152</sup> PERLINGIERI, op. cit., p. 258.

<sup>153</sup> Para José Antônio de Paula SANTOS NETO, a subordinação “não deixou de existir, já que é pressuposto para que os genitores possam exercer na plenitude a sua função educativa e protetiva.” (op. cit., p. 56). Orlando GOMES apresenta um raciocínio semelhante: nada obstante tenha o instituto passado por transformações, “a relação paterno-filial conserva a natureza de uma *relação de autoridade*. Pai e filho não se acham em pé de igualdade, havendo entre eles um *vínculo de subordinação*. Tem o pai o poder de mando, que compreende o direito de disciplinar; e o filho o *dever de obediência*.” (*Direito...*, p. 394. Grifos no original.) Em que pesem as posições apresentadas, é relevante destacar que, conforme aduz Francisco José Ferreira MUNIZ, “os pais e filhos devem-se mutuamente ajuda, consideração e respeito (respeito à personalidade do outro).” (*A família...*, p. 81.) Sem isto, não se está examinando uma relação paterno-filial nos moldes constitucionais.

<sup>154</sup> PERLINGIERI, op. cit., p. 258.

<sup>155</sup> Conforme PERLINGIERI, op. cit., p. 258. Também é este o entendimento de Alberto TRABUCCHI, que identifica uma estreita relação entre o interesse do filho e o aspecto educacional próprio da autoridade parental. (Il ‘vero...). No mesmo sentido OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 16.

<sup>156</sup> PERLINGIERI, op. cit., p. 259.

<sup>157</sup> Destaca Alberto TRABUCCHI que “la tendenza moderna è stata, ed è, nel senso di un più essenziale riconoscimento della personalità dei soggetti, e lo si rivela sia nella Costituzione, sia nelle varie Carte dei diritti umani, e questo comporterà già una prevalenza della posizione del minore rispetto ad altri interessi che possono venire in giuoco anche nello svolgimento del rapporto educativo.” (A tendência moderna foi, e é, no sentido de um maior essencial reconhecimento da personalidade dos sujeitos, e se revela seja na Constituição, seja nas várias Cartas de direitos



Cuida-se de proporcionar-lhes todos os meios necessários para sua completa formação, passando necessariamente pela instrução básica, compreendida como um enriquecimento pessoal, e chegando ao máximo do que se possa oferecer ao filho.<sup>158</sup>

Entretanto, não se restringe a isto. A noção de educação é mais ampla e contém em si a preparação para todos os aspectos da vida, desde os mais simples até os mais complexos. Consiste em participar da vida do filho protegendo-o, dando-lhe liberdade,<sup>159</sup> colocando limites em suas ações, respeitando-o,<sup>160</sup> portando-se como exemplo.

A este propósito destacou Carvalho SANTOS que a educação é o dever primordial dos pais pois a eles cabe “fazer de seu filho um homem no verdadeiro sentido da palavra, homem são de corpo, de inteligência e de espírito, possuidor de um senso moral completo, que lhe permita se dirigir mais tarde, por si mesmo, duma maneira honrosa [...]”.<sup>161</sup>

---

humanos, e isto implicará já em uma prevalência da posição do menor em relação aos outros interesses que possam estar em jogo também no desenvolvimento da relação educativa.) (Il ‘vero..., p. 719.).

<sup>158</sup> TRABUCCHI, Il ‘vero..., p. 744.

<sup>159</sup> Paolo VERCELLONE sublinha que “Se il fine dell’educazione è dunque di ‘fare’ del bambino un uomo libero e quanto più possibile se stesso, è evidente che la modalità dell’educazione deve essere tale da consentire al bambino ed in genere al soggetto in crescita di fare ‘tirocinio di libertà’. Questo sia perché anche la libertà è oggetto di apprendimento come pratica di scelte ragionate, sia perché il bambino non può controllare le sua capacità, sperimentare le proprie inclinazioni, valutare criticamente le proprie aspirazioni se non le mette alla prova, da solo e spontaneamente.” (Se o fim da educação é, portanto, ‘fazer’ da criança um homem livre e quanto mais possível ele mesmo, é evidente que a modalidade de educação deve ser tal que consinta à criança, e em geral ao sujeito em desenvolvimento, de fazer um ‘aprendizado de liberdade’. Isto porque também a liberdade é objeto de aprendizado de escolhas racionais, e porque a criança não pode controlar a sua capacidade, experimentar as suas próprias inclinações, valorar criticamente as próprias aspirações se não as coloca em prova, sozinha e espontaneamente.) (op. cit., p. 540.).

<sup>160</sup> A este propósito registra Alberto TRABUCCHI que “[...] nell’educazione sono da perseguire i veri interessi del figlio anche indipendentemente dalla sua volontà, ma contemporaneamente, si deve considerare il figlio da educare come potenziale portatore di valori personali collegati alla formazione di un uomo libero.” ( [...] na educação devem ser buscados os reais interesses dos filhos independente de sua vontade, porém contemporaneamente, deve-se considerar o filho a ser educado como um potencial portador de valores pessoais conexos à formação de um homem livre.) (op. cit., p. 750).

<sup>161</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado** : Direito de família. 12 ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1989. v. VI. p. 56.

Portanto, a autoridade parental traduz uma relação onde os pais dirigem seus esforços e proteção para proporcionar aos filhos todas as condições possíveis e necessárias de criação e desenvolvimento de suas personalidades.

É importante ressaltar que esta noção de personalidade compreende e vai além de seu sentido jurídico de “aptidão para ser titular autônomo de relações jurídicas.”<sup>162</sup>

A preparação do sujeito para o bom exercício desta espécie de personalidade passa por outra perspectiva, localizada nos domínios da psicologia, que pode ser compreendida como o conjunto de características que compõem o modo de ser de uma pessoa, refletindo em suas ações e reações nas relações com os outros sujeitos.<sup>163</sup>

Por conseguinte, compete primordialmente aos pais “assegurar os cuidados necessários para o desenvolvimento da personalidade do filho, o que corresponde, também, à necessidades psicológicas dos pais e a um profundo enriquecimento de suas vidas”,<sup>164</sup> fundados tanto na determinação legal como na existência de afeto entre os sujeitos da família.<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> PINTO, op. cit., p. 191.

<sup>163</sup> Dentro da psicologia, a personalidade pode ser definida como “as estruturas e processos psicológicos subjacentes e relativamente estáveis que organizam a experiência humana e moldam as ações e reações da pessoa ao meio ambiente.” (LAZARUS, Richard S.; MONAT, Alan. **Personalidade** 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro : Zahar, 1984. p. 11.). Este conceito, examinado por um especialista no assunto, provocaria um sem número de reflexões, explicações, questionamentos e críticas. A este trabalho interessa por apresentar um viés extra-jurídico, que aponta para a necessidade de ver no indivíduo em destaque algo mais do que somente sua aparência externa. A máscara que cada sujeito porta encobre quem efetivamente ele é, e este indivíduo, único, dotado de características peculiares, molda sua personalidade constantemente. Em se tratando de uma criança ou um adolescente, cabe aos responsáveis por ela proporcionar condições para sua formação. É também este, em linhas gerais, o sentido de personalidade empregado. Ressalva-se que este “vôo” para a psicologia é raso, posto que, nesta área de conhecimento, a autora é, tão somente, uma pretendente à posição de neófito.

<sup>164</sup> MUNIZ, A família..., p. 81.

<sup>165</sup> Acerca da questão do afeto nas relações de família, ver: DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. **Repertório IOB de Jurisprudência**. 15/97, caderno 3, p. 229-301; CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In.: **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 273-313.

Com efeito, a existência de afeto é destacada por Alberto TRABUCCHI como indispensável para um resultado positivo no processo educacional, “perché l’esigenza più alta che sente anche l’educando è di sentirsi amato!”<sup>166</sup>

O benefício daí resultante é recíproco. Associando o dever de cuidado com os filhos ao direito de convivência e à participação destes no gerenciamento de suas vidas, proporciona-se a todos, pais e filhos, os meios para a realização das personalidades<sup>167</sup> individuais.<sup>168</sup>

Isto somente é possível em uma família que reflita um espaço onde “[...] ninguém cresce sem fazer crescer, nem destrói sem se autodestruir”,<sup>169</sup> assentada numa relação igualitária, pautada no afeto, que valorize os sujeitos através da cooperação e do respeito à dignidade.

#### 4.1 Aspectos específicos

Da relação paterno-filial ora examinada emana um feixe de direitos e deveres, atribuições determinadas em lei, a serem exercidas de forma a atender primordialmente o interesse dos filhos.<sup>170</sup>

---

<sup>166</sup> TRABUCCHI, Il ‘vero..., p. 745. ( [...] porque a exigência mais alta que sente também o educando é de sentir-se amado!).

<sup>167</sup> A expressão *realizar como personalidade* foi empregada por José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ como “[...] poder decidir livremente, isto é, não ser dependente causalmente.” (op. cit., p. 32).

<sup>168</sup> A propósito afirma Alberto TRABUCCHI que “[...] allo scopo perseguito di assicurare il compimento di doveri nei riguardi della prole si accompagna l’altro aspetto umano, di assicurare al genitore la soddisfazione di un suo interesse affettivo, naturale, da rispettare, chi si colloca accanto al riguardo degli obblighi da adempire verso i propri nati.” ( [...] ao propósito buscado de assegurar o cumprimento dos deveres nos cuidados dos filhos acompanha outro aspecto humano, de assegurar ao genitor a satisfação de um interesse afetivo, natural, a ser respeitado, que se coloca ao lado dos cuidados acerca das obrigações a serem cumpridas com relação aos próprios filhos.) (Il ‘vero..., p. 742).

<sup>169</sup> VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Monografia. Belo Horizonte : Faculdade de Direito da UFMG, 1980. p. 11.

<sup>170</sup> Cuida-se de um dever geral de cuidado, que abarca as inúmeras necessidades acerca do pleno desenvolvimento do filho, cuja importância pode ser detectada, por exemplo, na tipificação penal de condutas que coloquem estes cuidados em risco, tais como abandono material, art. 244; entrega de filho menor a pessoa inidônea, art. 245; abandono intelectual, arts. 246 e 247; induzimento

Em conjunto, indicam as providências básicas a serem tomadas, quando necessário, para concretizar o dever de educação, de cuidado e proteção dos pais em relação aos filhos menores.<sup>171</sup> Decompondo-o, consoante o parâmetro empregado pelo Código Civil brasileiro, têm-se aqueles inerentes diretamente à pessoa dos filhos<sup>172</sup> e os relacionados a seus bens,<sup>173</sup> cujo conteúdo não será objeto de exame aprofundado.

Integram as atribuições quanto à pessoa dos filhos sua criação e educação, concretizada pela companhia e guarda, de onde decorre a vigilância. Além disto, os pais podem reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha, exigir que prestem obediência, respeito e serviços próprios da idade.

Cabe ainda a representação dos menores de 16 anos e a assistência aos menores de 21 anos, nos atos da vida civil em geral,<sup>174</sup> o consentimento específico para o casamento e para a escolha do regime de bens<sup>175</sup> e a nomeação de tutor,

---

a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes, art. 248; subtração de incapazes, art. 249, todos do Código Penal brasileiro. Acerca do tema, consultar: PENTEADO, Jaques de Camargo. **A família e a justiça penal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

<sup>171</sup> “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

<sup>172</sup> “Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder; V - representá-los, até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

<sup>173</sup> “Art. 385. O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225.” (Este dispositivo legal deve ser interpretado tendo em conta a igualdade constitucional.) “Art. 386. Não podem, porém, alienar, hipotecar, ou gravar de ônus reais, os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, exceto por necessidade, ou evidente utilidade da prole, mediante prévia autorização do juiz (art. 178, §6º, III).” “Art. 389. O usufruto dos bens dos filhos é inerente ao exercício do pátrio poder, salvo a disposição do art. 225.”

<sup>174</sup> Os institutos da representação e assistência são passíveis de questionamento quando relacionados aos direitos de personalidade, como quando os pais consentem na exposição do filho a um procedimento biomédico sem que um benefício seja a contrapartida. Ocorre isto, de forma concreta, quando os genitores autorizam filho, ainda criança, a doar medula óssea a um estranho, expondo-o desnecessariamente ao risco da anestesia e de uma infecção hospitalar. Sobre o tema, ver: CARBONERA, Silvana Maria. **Reflexões acerca do consentimento informado de incapazes em intervenções médico-cirúrgicas e pesquisas biomédicas**. Monografia apresentada como requisito parcial de avaliação na disciplina de Instituições Fundamentais de Direito Civil, ministrada pelo Professor José Antônio Peres Gediel, 1996. 19p.

através de documento autêntico ou testamento, salvo se o outro genitor ainda estiver na titularidade da autoridade parental.<sup>176</sup>

Decorrente da criação é o dever de sustento, através do qual as necessidades materiais básicas, a saúde, o vestuário e a habitação são atendidas.<sup>177</sup> Também compete aos pais, atuando em conjunto, a emancipação do filho com idade entre 18 e 21 anos,<sup>178</sup> e o consentimento na adoção do mesmo.<sup>179</sup>

Sobre o tema, não se pode ignorar outro aspecto. Consoante a dicção pós-constitucional do instituto, além das atribuições indicadas, os pais têm o direito à convivência com os filhos como forma de realização e crescimento pessoal,<sup>180</sup> concretizado nos cuidados e educação dos mesmos.

Paralelo a estes aspectos pessoais específicos, decorrentes da condição de pai e filho, estão assegurados a estes um conjunto de direitos fundamentais,<sup>181</sup>

<sup>175</sup> A capacidade para consentir no casamento é idêntica àquela necessária ao pacto antenupcial. Desta forma, aqueles que precisam de consentimento paterno para casar, “do mesmo modo precisam da assistência deles para a celebração da convenção antenupcial, o que corresponde, afinal, dizer que se os pais consentiram no casamento isto não autoriza por si só a celebração da convenção antenupcial do representante legal.”(OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 370.) A falta do consentimento implica na adoção do regime legal que, por força do artigo 258, parágrafo único, IV, do Código Civil brasileiro, é o da separação de bens.

<sup>176</sup> Isto porquê tutela e autoridade parental são incompatíveis e aquela é, “a rigor, um instituto de suprimimento da ausência de que possa exercer” esta.(FACHIN, **Elementos...**, p. 225).

<sup>177</sup> José Antônio de Paula SANTOS NETO é claro sobre o tema: “o encargo de criar abarca a obrigação de garantir o bem estar físico do filho, proporcionando-lhe sustento, resguardando-lhe a saúde e garantindo-lhe o necessário para a sobrevivência.”(op. cit., p. 108.)

<sup>178</sup> A competência é de ambos os genitores, titulares da autoridade parental e esta, conseqüentemente, “só poderá deixar de existir quando ambos dela abrirem mão. Ou seja, só cabe falar em emancipação voluntária quando esta resultar de ato conjunto dos pais.” (SANTOS NETO, op. cit., p. 119.)

<sup>179</sup> “Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder. §2º. *omissis*.” Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>180</sup> Neste sentido, OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 31-33.

<sup>181</sup> “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

explicitados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente,<sup>182</sup> que não só vinculam os pais como a sociedade compreendida em sua totalidade.

No que tange à esfera patrimonial, a incapacidade jurídica dos filhos<sup>183</sup> remete aos pais a administração legal dos bens que, porventura, aqueles tenham. Os poderes dos pais sobre os bens dos filhos obedecem ao disposto no artigo 386 do Código Civil brasileiro e se bipartem em atos de administração e atos de disposição, ambos assentados na representação legal do filho pelo pai.

Os primeiros têm sua prática livre quando configurarem atos de conservação; caso extrapolem este limite, deverão ter prévia autorização judicial, exceto se praticados no interesse do filho ou em razão de necessidade da prole.

A prática de atos de disposição respeita a classificação dos bens quanto a sua mobilidade. Refletindo a preocupação do codificador com o patrimônio imobiliário, os imóveis pertencentes aos filhos somente podem ser alienados mediante autorização judicial, ao passo que tal exigência não atinge aos móveis.

Além da administração dos bens destes, têm os pais o usufruto dos mesmos.<sup>184</sup> Trata-se de um usufruto legal, de caráter temporário, que incidirá automaticamente sobre os referidos bens, somente afastados se configuradas as hipóteses legais.<sup>185</sup> Diante disto, poderá ser suprida tal falta com a nomeação de um

<sup>182</sup> “Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por leis ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>183</sup> A propósito afirma Orlando GOMES que “A incapacidade para o exercício dos direitos consta de preceitos legais de ordem pública, que abrem exceções à regra geral da capacidade. A lei priva da capacidade as pessoas que presume não tenham discernimento necessário para a prática de alguns ou de todos os atos jurídicos.”(Introdução..., p. 171.)

<sup>184</sup> Registra Maria Helena DINIZ que “O pai pode reter as rendas oriundas dos bens do filho menor sem prestar contas, podendo consumi-las, legitimamente, uma vez que a lei autoriza-o a fazê-lo como compensação dos encargos decorrentes com a criação e educação do filho, embora possa, eventualmente, ser compelido a prestar contas dos rendimentos dos bens sujeitos ao seu usufruto. O pai não está, obviamente, obrigado a consumir tais rendas; poderá conservá-las acumuladas ou reinvesti-las em proveito do filho.” (v. 5, p. 379.). Com isto, sugere a autora que o usufruto é uma forma de remuneração aos pais pelos cuidados com os filhos, o que é discutível pois a responsabilidade dos pais independe da existência de bens e estes, se houverem, aumentam o encargo paterno no sentido de conservação de bens alheios.

<sup>185</sup> “Art. 390. Excetuam-se: I - os bens deixados ou doados ao filho com a exclusão do usufruto paterno; II - os bens deixados ao filho, para fim certo e determinado.” “Art. 391. Excluem-se assim do usufruto como da administração dos pais: I - os bens adquiridos pelo filho ilegítimo, antes do

curador<sup>186</sup> ou ser deferido o direito de representação para a prática de determinados atos, nos termos finais do §2º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

## 5 A GUARDA E A AUTORIDADE PARENTAL

Dentro da perspectiva da guarda legal, compreendida como a modalidade decorrente da relação paterno-filial e exercida pelos pais sem a necessidade de intervenção judicial, é de se perquirir em que extensão a atribuição judicial exclusiva a um dos genitores, quer decorrente do fim da união, matrimonializada ou não, quer de demanda que trate exclusivamente da guarda, afeta a autoridade parental do não guardião.

Alguns elementos, que podem levar a uma resposta, exigem reflexão cuidadosa, que inicia com o exame sob o viés da titularidade. Num segundo momento, se concentram no alcance das atribuições do titular da guarda no que diz respeito ao feixe de direitos e deveres afetos à autoridade parental.

Inicialmente, é preciso ter em conta que a relação jurídica de que se cuida é a paterno-filial, cuja existência é o fato gerador da autoridade parental, bem como de todos os direitos e deveres que lhe acompanham por força de lei.

Desta forma, saber se os pais são casados ou não, se conviveram por um certo período ou, ao contrário, o filho nasceu de um relacionamento passageiro, não constituem elementos centrais e podem ser levados em conta de forma complementar.<sup>187</sup>

---

reconhecimento; II - os adquiridos pelo filho em serviço militar, de magistério, ou em qualquer outra função pública; III - os deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem administrados pelos pais; IV - os bens que ao filho couberem na herança (art. 1.599), quando os pais forem excluídos da sucessão (art. 1.602)." Código Civil brasileiro.

<sup>186</sup> Conforme os termos do artigo 387 do Código Civil brasileiro, "Sempre que no exercício do pátrio poder colidirem os interesses dos pais com os do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, o juiz lhe dará curador especial." Esta é uma curadoria especial, com finalidade específica: "a administração dos bens e a defesa de interesses e não a regência de pessoas; uma vez exauridas, esgota, automaticamente, a função de curador."(DINIZ, v. 5, p. 440.). Além do fundamento no artigo citado, completam o exame os artigos 142 e 148, em seus parágrafos únicos, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A titularidade e o exercício da autoridade parental, uma vez existente na esfera jurídica, constituem regra geral. Os genitores desempenham os papéis de pais, qualificado pela autoridade, até que os filhos atinjam a maioridade civil. Qualquer modificação nesta regra configura-se uma exceção,<sup>187</sup> prevista em lei, que exige pronunciamento judicial específico.<sup>189</sup>

Tal é a situação da guarda. Compreendida como um dos atributos da autoridade ou,<sup>190</sup> como assinala Antônio Cezar PELUSO, sua “manifestação

---

<sup>187</sup> Em comentário ao artigo 6º, Lei 898/70, que no ordenamento jurídico italiano trata do divórcio, Massimo BIANCA diferencia claramente a relação conjugal da paterno-filial: “La legge proclama la permanenza dell’obbligo dei genitori divorziati di mantenere, educare ed istruire i figli nati o adottati ‘durante’ il matrimonio anche in caso di passaggio a nuove nozze. Quello di mantenere, educare ed istruire i figli è un obbligo che incombe sui genitori a prescindere dal loro stato coniugale. L’esplicita affermazione [...] sta per altro a significare che tali vicende non devono menomare giuridicamente la posizione dei figli, e, in particolare, che esse non legittimano alcun atto negoziale o giudiziale che comporti l’esonero totale o parziale di uno o di entrambi i genitori dal loro impegno di assistere i figli materialmente e moralmente.” (A lei proclama a permanência da obrigação dos genitores divorciados de manter, educar e instruir os filhos nascidos ou adotados ‘durante’ o matrimônio também em caso de novas núpcias. Manter, educar e instruir os filhos é uma obrigação que incumbe aos genitores independente de seu estado conjugal. A explícita afirmação [...] significa, por outro lado, que tais eventos não devem diminuir juridicamente a posição dos filhos, e, em particular, que isso não legitima algum ato negocial ou judicial que permita a exoneração, total ou parcial, de um ou ambos os genitores das suas obrigações de assistir os filhos material e moralmente.) (Art. 6º. **Commentario al diritto italiano della famiglia**. Padova : CEDAM, 1993. Tomo sexto. p. 373).

<sup>188</sup> Tecendo comentário acerca da suspensão da autoridade parental, José Antônio de Paula SANTOS NETO assevera que a mesma “só se justifica quando há ocorrência de anormalidade a reclamá-la. Ordinariamente, quando o exercício do pátrio poder seguir seu curso normal, não será dado ao Juiz interferir, sob pena de se mostrar arbitrário. A interferência só se admite em situação patológica. Então sim, poderá ser levada a efeitos sem peias, desde que sempre objetivando assegurar a posição do incapaz.” (op. cit., p. 188.).

<sup>189</sup> No que diz respeito à titularidade da autoridade parental, ela subsiste até que o filho complete a maioridade civil, salvo se uma das hipóteses do artigo 392 do Código Civil se concretizar antes disto. Durante o período em que a mesma tem lugar na relação paterno-filial, os pais somente serão dela afastados através de decisão judicial específica, nos termos dos artigos 394 e 395 do Código Civil brasileiro, associado ao disposto no artigo 155 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como pelo estabelecimento de outra relação paterno-filial como, por exemplo, no caso da procedência de uma investigação de paternidade. A não titularidade da guarda não configura nenhuma das hipóteses acima.

O projeto do Código Civil regulamenta, no artigo 1647, as formas de extinção em duas hipóteses: morte dos pais ou do filho e emancipação. O artigo 1649 conserva as hipóteses do Código vigente, o que também se observa nas linhas gerais do artigo 1650 que trata da perda da autoridade. O artigo 1648 aponta para uma conclusão: mediante a afirmação de que outro casamento não afeta a autoridade, observa-se que o legislador conserva, de certa forma, a relação paterno-filial ligada à conjugal, neste ponto mantendo as linhas gerais desenhadas no Código de 1916.

<sup>190</sup> Luiz Edson FACHIN coloca-a ao lado das decisões sobre a educação, relacionando como manifestações da autoridade parental o deferimento do “consentimento matrimonial, cuja denegação admite o suprimimento judicial, a nomeação de tutor, a representação se for o caso de



operativa”,<sup>191</sup> tem por titulares naturais os pais, consangüíneos ou adotivos, que a exercerão em condições de igualdade.<sup>192</sup> A atribuição exclusiva a um deles, ou a um terceiro, é excepcional.

O emprego desta noção assenta, inicialmente, no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dever também consignado no artigo 229 da Constituição Federal, que reforça a responsabilidade pessoal que têm os pais em relação aos filhos, de forma que incumbe prioritariamente àqueles prestar os cuidados a estes.<sup>193</sup>

Esta responsabilidade não se exclui pela vontade dos genitores.<sup>194</sup> “E nem poderia ser diferente, pois os pais não podem, sem mais nem menos, abrir mão de seus deveres de guarda, inerentes ao pátrio poder.”<sup>195</sup>

Tampouco se pode argumentar que a falta de condições econômicas seja motivo suficiente para justificar que a exceção da lei seja concretizada. Desta forma cabe aos pais, respeitando suas possibilidades financeiras,<sup>196</sup> colocar à disposição dos filhos os meios necessários para que seu interesse seja atendido.

---

absolutamente incapaz, a assistência se relativamente incapaz, a administração dos bens, e o usufruto enquanto forem menores os filhos.” (**Elementos...**, p. 224).

<sup>191</sup> PELUSO, Antônio Cezar. O menor na separação. In.: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família** : Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 25.

<sup>192</sup> “Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.” Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>193</sup> Tanto que a colocação de uma criança em família substituta tem lugar diante da existência das hipóteses descritas no artigo 98 do Estatuto, conforme se depreende da leitura conjunta dos artigos 19 e 28, cujo texto integral deste é o seguinte: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.”

<sup>194</sup> A responsabilidade dos genitores acerca dos filhos sob a autoridade parental é intransferível, característica que se liga à guarda e ao conjunto de direitos que através dela se concretiza. Isto se constata diante da necessidade de pronunciamento judicial para qualquer alteração tanto no exercício como na titularidade da autoridade. Esta característica é destacada por Alberto TRABUCCHI: “Una prima caratteristica dei doveri di cui si parla nella norma è la loro intransferibilità: doveri e diritti all'allevamento non sono cedibili; tanto meno la loro esecuzione può essere oggetto di coercizione [...]. (Uma primeira característica dos deveres a que se refere a norma é sua intransferibilidade: deveres e direitos à criação e educação não são cedíveis; muito menos sua execução pode ser objeto de coerção[...].)” (**Commentario...**, p. 565.). Ademais, trata-se de um direito pessoal de família e, como tal, tem caráter público e cogente. (OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 17.)

<sup>195</sup> Conforme voto proferido pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sérgio Gischkow Pereira, na Apelação Cível n.º 595155276, na página 389, op. cit..

Um motivo suficiente para que a guarda seja objeto de exame judicial reside na necessidade de decidir acerca do destino dos filhos através da provocação dos genitores sobre a mesma,<sup>197</sup> que pode ser fundada em casos de separação, divórcio, dissolução de uma união estável, estabelecimento puro da guarda ou pedido de alteração de estabelecimento judicial anterior.<sup>198</sup>

Nas situações descritas pode ser destacado um ponto comum: a existência de uma relação paterno-filial, que não depende da espécie de vínculo existente entre os pais ou da origem da filiação.<sup>199</sup>

Se os genitores forem casados, a separação ou o divórcio separam “marido e mulher, mas jamais anula os laços que vinculam os pais a seus filhos.

---

<sup>196</sup> Neste sentido, o que deve ser assegurado às crianças e aos adolescentes é assistência material, moral e educacional conforme as condições financeiras dos pais permitam. A falta ou carência de recursos materiais, nos termos do artigo 23 do Estatuto, não é motivo suficiente para que se atinja a autoridade parental ou se abra mão da guarda.

O que pode ocorrer, numa comparação de situações concretas, é que uma criança tenha mais recursos disponíveis para sua formação, enquanto que outra os tenha de forma mais restrita, conforme as condições que podem ser oferecidas pelos pais. Neste sentido caminha a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, quando denegou o recurso em que se pedia reforma de decisão do Juízo *a quo* que não concedeu a guarda de uma criança para fins de assistência médico-odontológica e acesso gratuito à escola. O argumento empregado foi o de que tal pedido não é possível por dois fundamentos: primeiro por não se enquadrar nas hipóteses legais do artigo 33, §§ 1º e 2º da Lei 8.069/90, posto que “a assistência previdenciária é consequência da guarda e não sua motivadora”; segundo, por “encontrar-se a infante em companhia dos pais que lhe prestam assistência moral e material dentro de suas possibilidades financeiras”. (Apelação Cível 59.951-3 A. F. e Justiça Pública. Relator: Desembargador Accácio Cambi. 24 de setembro de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 748, p. 375-376, fev. 1998.).

<sup>197</sup> Outras situações também podem provocar decisões acerca da guarda como, por exemplo, aquelas regulamentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, examinadas de forma concisa no item 2 deste capítulo.

<sup>198</sup> O Código de Processo Civil relaciona como uma das medidas provisionais do art. 888, IV, “A guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visitas”. Em comentário à mesma, registra Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA que, inicialmente, deve prevalecer o interesse do menor (*sic*). Esta medida vincula-se aos papéis de genitor e filho, de forma que pode ser proposta independente da modalidade da união dos pais. Para o autor, o mesmo pode se revestir de caráter definitivo nas hipótese em que seja tratada de forma autônoma, quer quanto a seu estabelecimento ou sua revisão. (In.: **A tutela de urgência e o direito de família**. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 137-42).

É preciso observar que, nada obstante o autor tenha amparado sua posição em respeitável doutrina e considerável jurisprudência, a questão da guarda cuida diretamente do interesse dos pais e dos filhos, de forma que não se pode correr riscos. Para tanto, se a cautelar foi preparatória, ajuíza-se a ação principal em 30 dias, nos termos do artigo 806 do Código de Processo Civil. Caso contrário, faz-se o pedido de cautelar junto à inicial principal, de forma que imediatamente se tenha uma decisão, a ser mantida até que a decisão final torne-se conhecida.

<sup>199</sup> LEITE, op. cit., p. 190.

Logo, a ruptura do casal não tem o condão de provocar a ruptura dos laços jurídicos da filiação, que persistem imutáveis, independente dos acontecimentos.”<sup>200</sup>

Situação idêntica ocorre com o fim de uma união estável em que se mostre necessária uma decisão judicial para estabelecer a quem competirá a guarda, mesmo que esta tenha por fim unicamente homologar um acordo.

O que se verifica é uma divisão de atribuições no que diz respeito ao exercício de alguns direitos, com a manutenção integral da titularidade da autoridade parental.<sup>201</sup>

Trata-se, pois, da concreta possibilidade de dissociar guarda e autoridade parental, sem que a exclusiva atribuição da primeira a um dos genitores ou a terceiros implique necessariamente na perda ou suspensão da segunda, mas sim na restrição de seu exercício.<sup>202</sup>

A possibilidade encontra respaldo tanto na legislação, confirmada em vários momentos,<sup>203</sup> como na doutrina. A propósito, Mário Aguiar MOURA aduz que “a guarda não é da essência do pátrio poder, mas apenas de sua natureza. Trata-se, por sinal, de elemento do pátrio poder mais comumente destacável, sendo matéria sobre que amplamente têm trabalhado os Tribunais.”<sup>204</sup>

---

<sup>200</sup> *Id. Ibid.*, p. 192.

<sup>201</sup> *Id. Ibid.*, p. 193.

<sup>202</sup> Aduz Luiz Edson FACHIN que, “Dissociados quanto ao conteúdo, os institutos podem conviver sob diversa titularidade. Assim não era na dicção estrita no art. 384 do Código Civil, combinado com o art. 231 do mesmo Código, competindo aos pais, quanto à pessoa dos filhos, tê-los em sua guarda, sendo, por isso, seus deveres o sustento, a guarda e a educação.” (In.: Em nome..., p. 590).

<sup>203</sup> A legislação abrigou expressamente tal possibilidade de forma dispersa. No Código Civil brasileiro, conforme dispõe o artigo 381, “O desquite não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (arts. 326 e 327).” Semelhante dispositivo está presente na Lei 6.515/77, no artigo 27: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. O novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos também não importará restrição a esses direitos e deveres.” No Estatuto da Criança e do Adolescente, contempla a hipótese o artigo 33, *caput*.

<sup>204</sup> MOURA, op. cit., p. 16. Na página 17, o autor vai adiante: “Pode se afirmar que a guarda do filho ganha autonomia relativamente ao pátrio poder, independizando-se de molde a ganhar desdobramento próprio.” No mesmo sentido: SANTOS, Carvalho, op. cit., p. 61.

Este aspecto é reforçado por Edgard de Moura BITTENCOURT, para quem a guarda também “não é da essência, mas tão somente da natureza do pátrio poder; pode, portanto, ser confiada a outrem.”<sup>205</sup>

A jurisprudência segue caminho semelhante, tanto em decisões gerais como em específicas. São compreendidas como gerais as decisões onde a guarda seja atribuída a um dos genitores ou a terceiro, fazendo com que o outro, em virtude disto, não tenha mais o exercício direto da autoridade.<sup>206</sup>

Entretanto, decisões mais específicas também podem ser encontradas, cujo teor assinala que a perda da autoridade parental somente é possível em situações onde os genitores descumprem, injustificadamente, seus deveres para com os filhos, “sendo inadmissível, portanto, a sua extinção nas hipóteses em que a guarda for, simplesmente, conferida a pessoa diversa da dos pais.”<sup>207</sup>

Por conseguinte, infere-se que a atribuição judicial exclusiva da guarda do filho a um dos genitores, ou a terceiro, não afeta a titularidade da autoridade parental, mas tão somente aspectos de seu exercício.<sup>208</sup>

Cuida-se do exame do segundo questionamento levado a efeito anteriormente. Uma vez atribuída a guarda a um dos genitores, com a manutenção da autoridade parental ao outro, é imperioso examinar quais são os reflexos jurídicos provocados no âmbito desta.

Retomando a expressão empregada por Antônio Cezar PELUSO, a guarda, como manifestação operativa da autoridade parental, indica um de seus principais sentidos: executar “o dever de assistência, amparo, sustento e direção no processo de formação da personalidade dos filhos.”<sup>209</sup> Ela é, antes de tudo, um

---

<sup>205</sup> BITTENCOURT, op. cit., p. 23.

<sup>206</sup> Estas decisões gerais compreendem, por exemplo, as originadas em separações judiciais que também decidem sobre a guarda dos filhos, bem como aquelas onde crianças e adolescentes são colocados sob a guarda de um terceiro sem que a titularidade da autoridade parental seja atingida, como nos casos de guarda para fins previdenciários associado à guarda fática. Podem ser encontradas decisões nos dois sentidos no anexo que traz íntegra de acórdãos.

<sup>207</sup> Conforme Apelação Cível 070.849.4/6-00. Ministério Público e M. P. C. S. / A. F. (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Reis Kuntz. 05 de março de 1998. Revista dos Tribunais, São Paulo, 753, p. 239-240, jul. 1998.

<sup>208</sup> Situação diversa é a constatada na guarda conjunta, onde exercício e titularidade da autoridade parental não se dissociam.

<sup>209</sup> PELUSO, op. cit., p. 25.

equipamento de proteção, que transcende a noção de posse ou simples convivência.<sup>210</sup>

Após a redistribuição de papéis operada pela guarda, incumbe ao genitor guardião dar continuidade a todas as atribuições da autoridade parental, uma vez que, a seu respeito, pouco foi alterado. Quanto ao genitor não guardião, ocorre uma redução significativa nas atribuições que originariamente tinha quando do exercício conjunto da mesma.

Entretanto, determinados aspectos da autoridade parental não sofrem qualquer alteração diante da atribuição exclusiva da guarda, como nos casos do consentimento para o casamento, da emancipação e da adoção.<sup>211</sup> São situações cujo resultado afetam-na diretamente, provocando sua extinção, razão pela qual seu exercício é sempre conjunto.

Quanto aos demais, “o exercício conjunto da autoridade parental persiste, mas os poderes que passarão a deter cada um dos genitores são desiguais”.<sup>212</sup> Enquanto “o genitor que detém a guarda mantém o filho junto de si, para educá-lo, mantê-lo e protegê-lo, o genitor não-guardião tem os direitos de visita, de fiscalização e de companhia, perfeitamente assegurados pelo texto legal.”<sup>213</sup>

O meio empregado por Eduardo de Oliveira LEITE para delimitar os campos de atuação de ambos os genitores dentro da guarda permite iniciar este exame pelas atribuições do não guardião.

O direito de visitas, ou como assevera Eduardo de Oliveira LEITE, “o dever de manter relações com o filho e de o receber regularmente,”<sup>214</sup> conforme estabelecido em decisão judicial, se constitui no meio através do qual permite-se a continuidade de um contato próximo entre pai e filho.

---

<sup>210</sup> *Id. Ibid.* p. 25.

<sup>211</sup> Estas hipóteses são expressamente apontadas por Eduardo de Oliveira LEITE, op. cit., p. 220-1.

<sup>212</sup> *Id. Ibid.*, p. 213.

<sup>213</sup> *Id. Ibid.*, p. 192.

<sup>214</sup> *Id. Ibid.*, p. 221.

Cuida-se de um “expediente jurídico de caráter compensatório”,<sup>215</sup> cujo objetivo é atender tanto ao interesse do filho que está na companhia do genitor, como ao genitor, em ter o filho consigo. Mas seu sentido extrapola a proximidade física ou o contato esporádico.

Trata-se de uma forma de exercício indireto da autoridade parental, que permite ao genitor não guardião acompanhar e estar atento a todos os aspectos relacionados ao desenvolvimento do filho como pessoa. A ausência do contato diário provoca na vida do filho um vazio, que pode ser minorado com a demonstração de cuidados que passem pela instrução e pelo lazer, pela repreensão e pelo elogio, dando-lhe condições de ter uma educação a mais completa possível.

A este propósito registram Eliane Michelini MARRACCINI e Maria Antonieta Pisano MOTTA que “ser genitor guardião, não significa intrinsecamente ser periférico ou secundário. O que determina a boa continuidade da relação entre pais e filhos é a qualidade do contato que se estabelece, a proximidade afetiva dos momentos de encontro e a segurança de poder contar com esta figura de apoio.”<sup>216</sup>

Esta possibilidade de convivência, mesmo que descontínua, deve ser estabelecida de forma a atender ao interesse do filho, se necessário, estabelecendo horários que não comprometam escola ou outros aspectos de sua instrução, sendo inclusive passível de aumento.

Por outro lado, se este contato estiver sendo de qualquer forma prejudicial, a visita poderá ser restringida quanto à sua intensidade,<sup>217</sup> supervisionada por pessoa determinada pelo juiz,<sup>218</sup> ou, ainda suprimida, mesmo que temporariamente.

---

<sup>215</sup> *Id. Ibid.*, p. 221.

<sup>216</sup> MARRACCINI, Eliane Michelini; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda de filhos : Algumas diretrizes psicomafíticas. **Revista dos Tribunais**, 716, jun. 95. p. 353.

<sup>217</sup> Conforme decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, “Não há que se falar em sentença *ultra petita*, quando a decisão se limitar a impor regras de visitação mais restritivas do que aquelas expressas na petição inicial, procurando o magistrado, dentro do seu prudente arbítrio, organizar de forma criteriosa o direito de visitas, para melhor atender aos interesses dos menores.” (Apelação Cível 48.974/0. (n. c.) e (n. c.). Relator: Desembargador Campos Oliveira. 29 de fevereiro de 1996. Revista dos Tribunais, São Paulo, 733, p. 333-336, nov. 1996.).

<sup>218</sup> Neste sentido foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, mantendo a restrição ao direito de visitas do pai, concedida pelo juiz singular, face o relato de abuso sexual cometido por ele contra a filha, de onde se conclui que, nada obstante exista acordo que garanta a visitação, “pode e deve o Juiz, diante da denúncia de abuso sexual no período, restringir a convivência e impor severa

Este direito, garantido tanto ao filho como ao genitor, não pode ser obstado pelo guardião,<sup>219</sup> qualquer que seja o pretexto,<sup>220</sup> esteja ele revestido de visitas habituais ou da permanência durante o período de férias.

A proximidade física, proporcionada pela concretização do direito de visitas, produz outro efeito além do contato e da manutenção da convivência: permitir ao não guardião que melhor exerça seu direito de fiscalização quanto aos atos do outro genitor.

Eduardo de Oliveira LEITE vê nele um “substitutivo permanente da autoridade parental que o genitor não-guardião passa a exercer, após a ruptura, de modo indireto,”<sup>221</sup> a que agrega as noções de acessoriedade e relatividade, que somente se manifestam “quanto o pai-guardião deixa de exercer corretamente os poderes que lhe forem conferidos, quando da atribuição da guarda.”<sup>222</sup>

O parâmetro para determinar se a atuação foi correta ou não é o interesse do filho, o que atribui ao direito de vigilância a qualidade de um “instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais.”<sup>223</sup>

---

vigilância, até que, estabelecida a certeza da irrealidade da imputação, retome o pai separando, sem vetos, o seu sagrado direito de participação familiar.” (Recurso de Mandado de Segurança 6.395-SP. (n. c.) e A Justiça. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 27 de fevereiro de 1996. Revista dos Tribunais, São Paulo, 732, p. 171-174, out. 1996.)

<sup>219</sup> Sublinha Massimo BIANCA que “Diritto primario del genitore è appunto quello di curare direttamente il figlio. L'affidamento esclusivo incide su tale diritto ma questa incidenza non può sacrificare totalmente il rapporto personale tra genitore non affidatario e figlio. Dovendosi piuttosto dare ad esso il più ampio spazio possibile compatibilmente con la formula dell'affidamento esclusivo. (Direito primário do genitor é precisamente aquele de cuidar diretamente do filho. A guarda exclusiva incide sobre tal direito mas esta incidência não pode sacrificar totalmente a relação pessoal entre genitor não guardião e filho. Deve-se, ao contrário, dar a ele o mais amplo espaço possível, compatível com a fórmula da guarda exclusiva.)” (op. cit., p. 384.)

<sup>220</sup> Não se pode, desta forma, obstar visita do não guardião diante de sua condição de inadimplente no que tange a alimentos, uma vez que são aspectos independentes. Tampouco é justificativa a constituição de nova família, sob o argumento de influência nociva. Este argumento somente terá força se comprovado judicialmente em ação que vise modificar as condições concretas das visitas.

<sup>221</sup> LEITE, op. cit., p. 227.

<sup>222</sup> *Id. Ibid.*, p. 227.

<sup>223</sup> *Id. Ibid.*, p. 195.

É um critério de controle,<sup>224</sup> que deve ser exercido sobretudo diante das decisões mais relevantes para a vida do filho.<sup>225</sup> Uma vez mantida a titularidade da autoridade parental, o dever que têm os pais quanto à prioritária busca do interesse do filho permite que a vigilância adquira um caráter mais efetivo, permitindo maior atuação indireta do genitor não guardião.

A efetividade não significa uma atuação conflituosa por parte do não titular da guarda. Ao contrário, quer significar participação, não necessariamente restrita aos momentos em que está em companhia do filho, mas em todos os que façam parte de sua vida.

Esta interação pressupõe um entendimento, um 'comum acordo' - que deve ser a base do objetivo maior dos pais -: o pleno desenvolvimento do filho como pessoa, seu maior interesse.<sup>226</sup>

Não existindo consenso, o não guardião poderá recorrer ao juiz para que, em seu entender, o que é o interesse do filho seja preservado ou concretizado,<sup>227</sup> utilizando todos os meios processuais disponíveis e possíveis.<sup>228</sup>

Entretanto, é preciso ter claro que o direito de vigilância não pode ser utilizado pelo não guardião como um instrumento para atacar ou incomodar o guardião, ou para satisfazer seus próprios interesses. O que preside seu emprego é a busca do interesse do filho.

---

<sup>224</sup> O interesse do filho, segundo ensina Eduardo de Oliveira LEITE, é critério que atua em dois níveis: como controle, quando auxilia o genitor não guardião a determinar se a atuação do guardião é a desejada, e como solução, quando servirá de base para que o julgador decida, partindo do caso concreto, qual a melhor solução para aquela guarda. (op. cit., p. 195.).

<sup>225</sup> Este é o entendimento de Eduardo de Oliveira LEITE, para quem o direito de fiscalização "não deve se transformar em um direito de controle sobre o genitor-guardião. (op. cit., p. 228.).

<sup>226</sup> TRABUCCHI, **Commentario...**, p. 645.

<sup>227</sup> Esta possibilidade é corolário daquela assegurada aos pais quando do exercício conjunto da autoridade parental, que permite ao genitor que não concorda com a decisão tomada a provocação de uma decisão judicial acerca da questão, cujo fundamento legal encontra-se no artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>228</sup> Entende Eduardo de Oliveira LEITE que o recurso ao juiz somente pode ser feito *a posteriori*, com base no artigo 15 da Lei 6.515/77. (op. cit., p. 228). Entretanto, não há proibição legal que impeça o genitor não guardião de buscar uma medida preventiva que obste a ação do guardião, evitando que o interesse chegue a ser ofendido.



Esta falta de clareza acerca dos limites da atuação do não guardião tem sua fonte na legislação, ou melhor, na ausência dela. Não há disposição legal expressa que determine se a vigilância por via judicial será amplamente exercida ou deverá se restringir aos aspectos mais relevantes da vida do filho. Desta forma, está sempre aberta a possibilidade de recurso ao judiciário para o questionamento do interesse, cabendo ao juiz acatar ou não a pretensão

O ordenamento jurídico italiano, ao contrário, apresenta expressa disposição acerca da questão. Tanto o artigo 155 do Código Civil italiano, que determina providências quanto aos filhos diante da separação dos genitores, como o artigo 6º, comma 4,<sup>229</sup> da Lei 898/70,<sup>230</sup> determinam que, salvo expressa disposição contrária, as decisões relevantes para a vida do filho são tomadas em conjunto.

Quanto ao direito de vigilância propriamente dito, no modelo italiano ele se reveste de um direito e um dever, que deve ser exercido para fiscalizar a instrução e a educação do filho, cabendo ao genitor não guardião recorrer ao judiciário quando entender que certa decisão lhe será prejudicial.

Com efeito, cuida-se da garantia de uma dupla participação do não guardião na tomada de decisões que conduzirão a vida do filho, apontando para a delimitação de um significativo espaço de atuação daquele que não tem o exercício da autoridade parental.

Promove-se, desta forma, uma certa continuidade na atuação dos genitores, nada obstante seja ela concretizada de maneira diversa de quando o exercício era conjunto, ainda que exista uma desigualdade na extensão do campo de atuação. Na expressão de Fernanda Otoni de BARROS, “É preciso conjugar os termos. É necessário que ocorra uma triangulação onde a paternidade (função paterna, autoridade) e a maternidade (maternagem, amor e compreensão), mesmo

---

<sup>229</sup> A expressão comma, própria do direito italiano, indica cada uma das partes de um artigo, sentido com o qual foi empregada no trabalho.

<sup>230</sup> “4. Il genitore cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del tribunale, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal tribunale. Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non siano affidati ha il diritto ed il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al tribunale quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse.”

em caso de separação dos pais da realidade, estejam presente na constituição da criança.”<sup>231</sup>

Decorrente ainda da autoridade parental é o dever de sustento que compreende a “subsistência material e moral, [...] alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, educação, enfim tudo aquilo que se faça necessário à manutenção” dos filhos.<sup>232</sup> Uma vez dissociada a titularidade da autoridade de seu exercício, este dever se reveste em prestação alimentícia, de caráter obrigatório, que incumbirá ao genitor não guardião.<sup>233</sup>

A guarda produz para seu titular, inicialmente, efeitos que dizem respeito à proximidade física, como, por exemplo, a possibilidade de “reter o filho no lar, de tê-lo junto a si, de reger sua conduta nas relações com terceiros”,<sup>234</sup> assim como reclamá-lo de quem ilegalmente o detenha.

Tal permissão legal, na esfera processual se reveste de “ação de busca e apreensão de menores ou incapazes.”<sup>235</sup> Fundada na guarda, a medida judicial ganha espaço quando o filho for injustamente retirado de quem é guardião, respaldado legitimamente em lei, acordo ou sentença. “Em tais hipóteses trata-se,

---

<sup>231</sup> BARROS, Fernanda Otoni de. Interdisciplinaridade : Uma visita ao tribunal de família - Pelo olhar da psicanálise. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família contemporâneo** : Doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 806.

<sup>232</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 2. Ed. ver. ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 400.

<sup>233</sup> Yussef Said CAHALI traça uma linha divisória entre o dever de sustento e os alimentos entre parentes: “Técnicamente, assim, a obrigação de sustento define-se como uma *obrigação de fazer*; enquanto a obrigação alimentar consubstancia uma *obrigação de dar*. Apenas quando se verifica a impossibilidade de coabitação dos genitores, mantido o menor na companhia de um deles, ou de terceiros, é que a execução da obrigação de sustento (obrigação de fazer) se resolve na prestação equivalente (obrigação de dar); e passa a representar assim uma forma suplementar colocada à disposição do filho para a obtenção dos meios de subsistência e educação.” (op. cit., p. 406.). José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ também destacam pontos que diferenciam a obrigação de alimentos entre parentes do dever de sustento: a primeira é recíproca, enquanto que a segunda é unilateral; os alimentos obedecem à proporcionalidade enquanto que o sustento é prestado na medida das reais possibilidades econômicas dos genitores; o dever de sustento é executado *in natura* e somente assumirá a forma de pensão em caso de ausência de comunidade entre pai e filho. (op. cit., p. 73.).

<sup>234</sup> GOMES, **Direito...**, p. 395.

<sup>235</sup> Esta é a denominação apresentada por Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA, op. cit., p. 115.

em essência, de *manter* a guarda legítima exercida em relação ao menor ou ao incapaz, por outrem desrespeitada.”<sup>236</sup>

Esta medida tem como principal função “servir como ação executiva ‘lato sensu’, para satisfazer o direito assegurado aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, de tê-los em sua companhia, e, por consequência, de reclamá-los de quem ilegalmente os detenha (CC, art. 384, IV).”<sup>237</sup>

Na esfera penal, o tipo de *subtração de incapazes*<sup>238</sup> busca assegurar o pleno e livre exercício da guarda ao guardião que pode ser um dos genitores,<sup>239</sup> o tutor, o curador ou um terceiro, desde que ocupe legalmente aquela posição.

No tocante aos genitores, o que se tutela é a condição de guardião, independente da titularidade da autoridade parental. Desta forma, se a “subtração” foi feita pelo genitor não guardião, o tipo penal foi concretizado.<sup>240</sup>

---

<sup>236</sup> OLIVEIRA, Carlos. op. cit., p. 115. Grifo no original. A noção de legitimidade que envolve a guarda, neste contexto, exprime a regularidade da situação, em oposição à irregularidade da guarda originada, por exemplo, em ato violento ou em situação que não tenha amparo em lei. Relevante é a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná na Apelação Cível 1759/86, que denegou pedido de busca e apreensão movido pelo pai da criança conta a tia, que a tinha consigo desde o falecimento da mãe, sua irmã, sendo que a criança lhe foi entregue pelo próprio pai. A manutenção da guarda, associada à afirmação de que “a condição de pai, no gozo das prerrogativas do pátrio poder, não é o bastante para que se defira a busca e apreensão do filho menor, sob a guarda de terceiros”, apontam significativamente para a estreita relação entre a existência da guarda e a possibilidade da referida medida judicial. (Apelação Cível 1759/86. O. C. S. e A. G. M. Relator: Desembargador Oto Luiz Sponholz. 08 de abril de 1987. Diário da Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, 2422, 28 de abril de 1987.).

<sup>237</sup> *Id. Ibid.*, p. 115.

<sup>238</sup> “Art. 249. Subtrair menor de 18 (dezoito) anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena - Detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos, se o fato não constitui elemento de outro crime. §1º - O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda. §2º - No caso do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar a pena.” Código Penal.

<sup>239</sup> PENTEADO, op. cit., p. 83.

<sup>240</sup> Observa-se que a dicção legal do §1º do art. 249 do Código Penal sugere que o legislador da parte especial do referido Código, que data de 1940 - mais precisamente o Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro -, não distinguiu titular da autoridade parental de titular da guarda, indicando que, naquele momento, a guarda não era entendida como uma figura jurídica com o grau de autonomia que apresenta atualmente. Desta forma, respeitando a transformação operada na esfera cível, a interpretação deste instituto na esfera penal permite inferir que o artigo em tela diz respeito à guarda, conjugada ou não com a autoridade parental. Jaques de Camargo PENTEADO não faz tal diferenciação. (op. cit., p. 83 e seguintes).

Decorrente do direito de ter o filho consigo é, segundo Orlando GOMES,<sup>241</sup> o direito de fixar seu domicílio e residência, de forma que seja possível organizar a vida comum que se desenvolverá entre ambos.<sup>242</sup> Contudo, não tem ele caráter absoluto, posto que está condicionado ao interesse maior do filho.

Também compete ao guardião proibir que o filho conviva com certas pessoas, que não frequente certos lugares, que não pratique determinados atos ou que mantenha correspondência que julgue inconveniente a seus interesses.<sup>243</sup> Este raciocínio também se aplica a assistir programas de televisão próprios a sua idade e de fazer uso do computador, em especial da INTERNET, de forma a permitir que estes venham contribuir com seu desenvolvimento.

Antônio Cezar PELUSO, mais detalhista, assinala que a guarda contém em si

a convivência no mesmo local, desdobrando-se nas faculdades de autorização para sair de casa, de se comunicar com o menor e de sua regulamentação (direito de visitas), de vigilância, [...] Abrange ainda a faculdade de controle de comunicações postais, telefônicas, de acesso a leituras, espetáculos, companhias, etc., de correção moderada, educação, formação física e mental, espiritual, segundo as aptidões e capacidades, de exigência de respeito, obediência e até prestação de serviços apropriados à idade, e dever de assistência material e moral.<sup>244</sup>

Além destes aspectos, Orlando GOMES destaca como integrante da guarda o direito de vigilância, compreendido como o “poder de lhe dirigir a criação no aspecto de formação moral do menor.”<sup>245</sup>

A vigilância tem no seu reverso<sup>246</sup> a responsabilidade dos pais no que concerne aos atos praticados pelos filhos. Cuida-se de responsabilidade que, na esfera civil, diante da prática de um ato ilícito pelo filho, poderá resultar na

---

<sup>241</sup> GOMES, **Direito...**, p. 395. Também este é o entendimento de Carvalho SANTOS, op. cit., p. 58.

<sup>242</sup> Eduardo de Oliveira LEITE, citando P. Simler, aduz que “Guardar é, antes de tudo, ‘o direito de reter a criança junto de si e de fixar sua residência.’” (op. cit., op. cit., p. 214).

<sup>243</sup> GOMES, **Direito...**, p. 395.

<sup>244</sup> PELUSO, op. cit., p. 25.

<sup>245</sup> GOMES, **Direito...**, p. 395.

<sup>246</sup> FACHIN, Em nome..., p. 590.

necessidade de reparação do dano que competirá, via de regra, aos genitores enquanto titulares da guarda.<sup>247</sup>

Diante de seu exercício exclusivo, José Antônio de Paula SANTOS NETO, examinando o artigo 1521, I, do Código Civil brasileiro, afirma que “[...]é de se entender que só poderão ser responsabilizados e demandados, aqueles genitores que forem detentores da guarda. Nada mais natural, pois decorre da guarda o dever de vigilância do guardião em relação ao filho.”<sup>248</sup>

Mas ressalva o autor: “[...] não poderá ser responsabilizado o genitor que, embora conservando o pátrio poder, não exerça a guarda. Salvo se o menor estiver exclusivamente sob sua responsabilidade e vigilância, [...]. Nesse caso, equiparar-se-á ao guardião o genitor incumbido da vigilância imediata.”<sup>249</sup>

Aluísio Pires de OLIVEIRA,<sup>250</sup> ao refletir sobre o tema, é mais preciso ao examinar os fundamentos da responsabilidade dos genitores.

Em seu entender, o exercício da guarda, conjugado com a autoridade parental, não é suficiente para sustentar a responsabilidade civil do genitor guardião. “Na determinação da responsabilidade dos pais pelos atos dos vigilados, portanto, o dever de vigilância não pode mais ser aplicado obrigatoriamente de forma rigorosa como se os genitores estivessem onipresentes e todos os momentos da vida do menor. [...] deve ele ser utilizado moderadamente diante das contingências atuais e do caso concreto.”<sup>251</sup>

Neste sentido, completa Aluísio Pires de OLIVEIRA: “O poder parental, a guarda, o descumprimento do dever de vigilância e do dever de educação, consistem nos fundamentos especiais da responsabilidade dos genitores que, mesclados com os genéricos, justificam o vínculo indenizatório.”<sup>252</sup>

---

<sup>247</sup> “Art. 1521. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia;” Código Civil brasileiro.

<sup>248</sup> SANTOS NETO, op. cit., p. 180.

<sup>249</sup> *Id. Ibid.*, p. 181.

<sup>250</sup> OLIVEIRA, Aluísio Pires de. **A obrigação de indenizar a cargo dos genitores** : Responsabilidade civil pelos atos danosos dos filhos menores. (Mestrado em Direito Civil) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. 1996.

<sup>251</sup> OLIVEIRA, Aluísio. **A obrigação**, p. 72.

<sup>252</sup> *Id. Ibid.*, p. 79.

Além da responsabilidade, o guardião, segundo o entendimento de Eduardo de Oliveira LEITE, pode praticar tanto atos conservatórios e de administração ordinária dos bens dos filhos, assim como se beneficiar de seu usufruto.<sup>253</sup> Para todos os demais atos configurados nos artigos 386 do Código Civil brasileiro é imprescindível a autorização judicial.

José Antônio de Paula SANTOS NETO, em sentido contrário, destaca que: “Não existe nenhuma relação entre o direito-dever de administrar os bens do menor e o fato de tê-lo, ou não, sob sua guarda. Não é preciso ser guardião para ser administrador.”<sup>254</sup> Sua afirmação assenta no elemento gerador do referido direito-dever: “Ora, é do pátrio poder que deriva a função administrativa, e não da guarda.”<sup>255</sup> O usufruto, com base em idêntico fundamento, também não sentiria os efeitos do estabelecimento unilateral.<sup>256</sup>

Quanto à representação e a assistência dos filhos incapazes, esta será feita, em princípio, pelo guardião,<sup>257</sup> sendo resguardado ao não guardião recorrer ao judiciário para obstar ato que possa ser contrário ao interesse do filho.

Infere-se do exame da distribuição dos direitos e deveres afetos à autoridade parental que não há uma expressa orientação dos limites dentro dos quais elas serão exercidas, bem como quais serão de atribuição exclusiva, salvo no que diga respeito à visita, companhia, fiscalização de sua manutenção e educação.

Em parte, deve-se isto à inexistência de uma expressa determinação legal do que competiria a cada genitor quando da atribuição exclusiva da guarda, ausência justificável no Código Civil brasileiro uma vez que, nas bases em que foi elaborado, a prioridade marital nos assuntos de família não gerava dúvidas acerca

<sup>253</sup> LEITE, op. cit., p. 216-7.

<sup>254</sup> SANTOS NETO, op. cit., p. 151.

<sup>255</sup> *Id. Ibid.*, p. 151.

<sup>256</sup> *Id. Ibid.*, p. 167. Orlando GOMES tecendo comentários acerca da pensão alimentícia a ser prestada aos filhos, afirma textualmente que: “A pensão não deixa de ser obrigatória porque os filhos tenham bens suficientes ao próprio sustento. É que a separação judicial não suprime o *usufruto legal* dos bens dos filhos e, assim sendo, os pais sustentam-nos, se os têm, com os frutos desses bens, embora sob forma de *pensão*.” (**Direito...**, p. 270. Grifado no original.).

<sup>257</sup> SANTOS NETO, op. cit., p. 125.

de quem seria o efetivo representante legal dos filhos ou a quem cabia a administração e o usufruto dos bens dos mesmos.

Entretanto, sob a perspectiva da família constitucionalizada, a dúvida toma corpo. Uma solução interessante foi a adotada pelo Código Civil italiano ora vigente: se por um lado a guarda implica no exercício exclusivo da autoridade parental, por outro atribuiu ao juiz o encargo de determinar em que medida e modo o genitor não guardião deverá contribuir na manutenção, instrução e educação dos filhos, bem como a modalidade de exercício destes direitos em relação aos filhos.<sup>258</sup>

E foi adiante, estabelecendo que caberá ao julgador determinar em que condições o genitor guardião deverá exercer todos os direitos que traz consigo a guarda, sendo que o descumprimento daquelas poderá servir como fundamento para um pedido de sua alteração.

Com efeito, é exatamente o interesse do filho o elemento que norteia todas as nuances da relação paterno-filial, que se faz sentir tanto no exercício direto e indireto da guarda, assim como em seu estabelecimento judicial, cujo exame requer maior profundidade.

---

<sup>258</sup> É o que dispõe o artigo 155 do Código Civil italiano, cujas linhas gerais são repetidas na Legge 898/70, articolo 6º, comma 3, no seguintes termos: "In particolare il tribunale stabilisce la misura ed il modo con cui il genitore non affidatario deve contribuire al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli, nonché le modalità di esercizio dei suoi diritti nei rapporti con essi."

### CAPÍTULO 3

#### ACERCA DOS CRITÉRIOS DE ESTABELECIMENTO DA GUARDA DE FILHOS

Diante de tantas e significativas transformações que tiveram lugar no modelo jurídico de família, cujo reflexo se fez sentir no cerne do instituto jurídico da guarda de filhos, é de se supor que os critérios de estabelecimento empregados na vigência da legislação pré-constitucional não tenham ficado intactos.

Justifica-se, pois, o exame dos mesmos, sob três perspectivas: legislativa, jurisprudencial e doutrinária. Procedendo de tal forma, será possível desenhar os contornos jurídicos de uma questão que teve e tem como pano de fundo as famílias do primeiro e do segundo ato.

O reflexo da diversidade constatada entre ambas será examinado especificamente no que tange aos critérios a serem observados quando da necessidade de decisão judicial acerca do destino dos filhos.

#### 1 O CENÁRIO CODIFICADO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O Código Civil brasileiro, promulgado em 1916 e em vigor desde 1917, pôs fim a uma série de tentativas frustradas de elaboração do primeiro diploma legal nacional apto a regulamentar as relações privadas.<sup>259</sup>

---

<sup>259</sup> A primeira tentativa de codificação se deu através de Teixeira de Freitas, com seu *Esboço* de 1859, que, embora não tenha logrado êxito, exerceu grande influência na elaboração do Código Civil argentino. A esta seguiram-se as de Nabuco de Araújo em 1872 e Felício dos Santos em 1881. Em 1899, Clóvis Beviláqua apresentou o projeto que deu origem ao Código Civil que foi promulgado em 1916. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 1989. v. 1. p. 39-40.).



Com o conteúdo informado pelo Código Civil francês e a estrutura inspirada no BGB,<sup>260</sup> o Código Civil de 1916 desenhou as relações jurídicas pautadas nas condições próprias de uma sociedade industrializada, com um marcante passado feudal, incompatível com a realidade brasileira da virada do século.

Até a segunda década do século XX, o Brasil apresentava uma grande concentração rural, onde se destacava o predomínio da conservadora sociedade agrária sobre a urbana.

Muito embora o distanciamento entre realidade e legislação já fossem visíveis à época, Orlando GOMES, tecendo comentários acerca da iniciativa da importação da regulamentação legal das relações sociais, entendeu que a distância da realidade provocou uma transformação social, exercendo uma função educativa. Sob tal perspectiva, o Código Civil se apresentou como uma *aproximação da realidade futura*,<sup>261</sup> que chegou após a primeira Grande Guerra Mundial.

Nas relações de família, a codificação produziu um modelo unitário, hierarquicamente organizado e altamente regulamentado. A matrimonialização era a nota dominante. Assentada unicamente no casamento, tinha-o como porta de acesso das relações familiares à tutela jurídica.

O critério da legitimidade, ligado desta forma ao vínculo matrimonial, vedava o ingresso das demais formas de família, denominadas ilegítimas, ao regime jurídico vigente. Assegurava-se a manutenção daquele modelo com a indissolubilidade do vínculo matrimonial. Realizado um casamento válido, o liame existente entre os cônjuges somente era dissolvido com o falecimento de um deles.<sup>262</sup>

---

<sup>260</sup> A referência é ao Código Civil alemão, o Bürgerliches Gesetzbuch, que entrou em vigor em primeiro de janeiro de 1900, já elaborado sob a influência da escola Histórica do Direito.

<sup>261</sup> GOMES, **Raízes...**, p. 72.

<sup>262</sup> Tal disposição estava expressamente consignada no parágrafo único do artigo 315 do Código Civil brasileiro, no texto original: "O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos conjuges, não se lhe applicando a presumpção estabelecida neste Codigo, art. 10, segunda parte." A indissolubilidade do vínculo tomou contornos constitucionais em 1934, no artigo 144 da referida Constituição Federal.

A única possibilidade de um rompimento se restringia ao fim da comunhão de vida, realizado através do desquite, onde restava intacto o vínculo jurídico.<sup>263</sup> A arquitetura interna das relações conjugais indicava um modelo de supremacia da figura masculina. Via de consequência, o papel feminino ocupava um lugar secundário.

Tais características, associadas, serviram de cenário para as questões de guarda de filhos no original modelo codificado. O instituto, que tinha como endereço jurídico a família matrimonializada, podia ser observado ora na ausência de conflitos entre os cônjuges, compreendido como um atributo do pátrio poder, ora como um aspecto a ser examinado quando do rompimento da sociedade conjugal.

Uma vez atrelado à relação conjugal, a guarda dos filhos era compreendida como um dos deveres recíprocos dos cônjuges, nos termos do artigo 231, IV, do Código Civil brasileiro.

Diante do fim da sociedade conjugal, surgia a necessidade de determinar a qual deles caberia a companhia dos filhos nascidos na constância do casamento, tendo como elementos informadores os papéis jurídicos previamente destinados a cada sujeito da família: o pai como chefe e a mãe como sua companheira, consorte e auxiliar.<sup>264</sup>

O legislador civil não se furtou da tarefa de apresentar uma orientação acerca do tema, e o fez tendo como parâmetro a relação jurídica matrimonial existente entre os genitores. Nos termos da redação original do diploma legal de 1916, o aspecto norteador das decisões sobre guarda de filhos dependia da decisão tomada no desquite.<sup>265</sup>

Em sua forma amigável, a ruptura da sociedade conjugal assentava no fim da comunhão de vida, decidida de forma conjunta e consensual entre os

---

<sup>263</sup> O desquite podia ser amigável, nos termos do artigo 318, após dois anos de casamento, ou judicial, se verificada uma das hipóteses taxativamente enumeradas nos incisos do artigo 317: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave ou abandono voluntário do lar conjugal por um período superior a dois anos. Este permitia, a qualquer tempo, o restabelecimento jurídico da comunhão de vida.

<sup>264</sup> Respectivamente Artigo 233, *caput*, e artigo 240, *caput*, do Código Civil brasileiro, texto na redação original.

<sup>265</sup> Sobre esta perspectiva ver: BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro : Rio, 1976.

cônjuges,<sup>266</sup> sendo que a guarda seria estabelecida, mediante homologação, respeitados os termos do acordo que lhe tivesse dado origem.<sup>267</sup>

Em caso de desquite judicial, a existência de culpa pelo rompimento era nota dominante. Relacionadas no artigo 317 do Código Civil brasileiro,<sup>268</sup> as causas enumeradas eram taxativas, o que revela a extensão da preocupação do legislador em cercar de garantias o vínculo matrimonial.

A decisão de guarda decorrente desta forma de ruptura acabou legalmente atrelada ao motivo da decisão que colocava fim ao casamento dos genitores. Inocência ou culpa eram os critérios que indicavam ao juiz o cônjuge a quem deveria ser determinada a guarda dos filhos.<sup>269</sup>

Para o modelo de família codificada, onde os papéis a serem desempenhados eram inflexíveis e previamente determinados e a proteção ao casamento e ao grupo familiar era mais extensa do que a prestada a seus membros, esta forma de decisão de guarda podia atender ao objetivo de manutenção daquela forma de família.

Ao atribuir a guarda dos filhos ao inocente, o legislador acabou criando um sistema de premiação àquele que tivesse se comportado bem como cônjuge, sujeito da principal relação jurídica de família de onde todas as demais decorriam. Caso ambos os cônjuges fossem culpados, o juiz teria como segundo critério de decisão a observação dos papéis adultos descritos em lei. Em tais casos, a guarda seria atribuída à mãe.

---

<sup>266</sup> “Art. 318. - Dar-se-á também o desquite por mutuo consentimento dos conjuges, se forem casados por mais de dois annos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.”

<sup>267</sup> “Art. 325. - No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os conjuges accordarem sobre a guarda dos filhos.”

<sup>268</sup> “Art. 317. - A acção de desquite só se póde fundar em alguns dos seguintes motivos: I - Adulterio. II - Tentativa de morte. III - Sevícia, ou injúria grave. IV - Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois annos continuos.”

<sup>269</sup> “Art. 326. - Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjuge innocente. §1º. - Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis annos. §2º. - Os filhos maiores de seis annos serão entregues á guarda do pae.”

Ao lado destes critérios, pode ser observada a adoção de outro. Tendo como base a idade e sexo dos filhos, nos casos de culpa recíproca a guarda de todos os filhos menores de seis anos era atribuída à mãe.

A situação das filhas permaneceria inalterada enquanto menores, ao passo que os filhos passariam à guarda paterna no momento em que completassem tal idade. Caso já a tivessem no momento do desquite, ficariam logo com o pai. Este dispositivo legal, presente no artigo 326 e parágrafos do Código Civil brasileiro em seu texto original, foi alterado pela Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. A nova redação pôs fim à observação do critério de idade dos filhos, determinando que, em caso de culpa recíproca, todos ficassem sob a guarda materna.

Tal alteração no plano legal foi saudada por Silvio RODRIGUES para quem, muito embora as razões do legislador pudessem teoricamente ser justificadas, “eram más, na prática, pois era gritante o inconveniente de se arrancar os meninos da companhia da mãe, onde estavam bem, para entregá-los ao pai, apenas por haverem completado seis anos.”<sup>270</sup>

Paralelo a tais critérios que orientavam diretamente a atuação judicial acerca da guarda, o codificador abriu um largo espaço para decisões que não se fundamentassem unicamente no comportamento dos pais.

Tendo como parâmetro a existência de motivos graves, “a bem dos filhos” a guarda poderia ter decisão diversa daquela estabelecida nos artigos anteriores.<sup>271</sup>

Abrigada nesta hipótese legal, o julgador poderia, examinando o caso concreto, determinar que a guarda fosse decidida não somente analisando o comportamento dos cônjuges como tais, mas tendo em conta o que seria melhor para os sujeitos da família que não tinham dado causa à dissolução da união mas tinham sentido seus efeitos.

---

<sup>270</sup> RODRIGUES; Silvio. **O divórcio e a lei que o regulamenta**. São Paulo : Saraiva, 1978. p. 109.

<sup>271</sup> “Art. 327. - Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os paes. Parágrafo único. - Se todos os filhos couberem a um só cônjuge, fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro.”

## 2 A LEI 6.515/77 E A DISSOLUBILIDADE DO VÍNCULO MATRIMONIAL

Em 1977, com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho, alterou-se um dos principais paradigmas do Direito de Família. Até então, ao lado da matrimonialização e da desigualdade entre os sujeitos da família, a indissolubilidade do vínculo matrimonial podia ser considerado um dos pilares sustentadores do modelo de família codificada.

Aberta a possibilidade do fim do vínculo matrimonial através do divórcio, o Código Civil brasileiro foi derogado do artigo 315 ao 328, e a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regulamentou a referida Emenda Constitucional, tomou seu lugar.

Uma breve e superficial análise<sup>272</sup> deste dispositivo legal permite inferir que se trata de um código de extensão reduzida,<sup>273</sup> que cuida dos mais variados aspectos relacionados ao fim de um casamento.

Dentre as várias modificações operadas, um primeiro ponto de destaque é a possibilidade de colocar fim tanto à sociedade conjugal, através da separação judicial,<sup>274</sup> como ao vínculo, por meio do divórcio.

---

<sup>272</sup> As expressões *breve* e *superficial* se justificam na medida em que o tema central é a guarda, examinada sob a perspectiva constitucional, e os casos de separação e divórcio são um dos temas que integram a análise. A análise terá a profundidade necessária para atender às exigências do tema sem, contudo, chegar a esgotar o assunto, pois não se trata de uma nova dissertação.

<sup>273</sup> Por código entenda-se o resultado da elaboração de uma obra metódica, sistemática e inovadora, (GOMES, **Introdução...**, p. 61) o “agrupamento de normas jurídicas da mesma natureza em um corpo unitário e homogêneo.”(AMARAL, **Direito...**, p. 116). Neste sentido, a Lei 6.515/77 pode ser comparada a um pequeno Código que cuida dos variados aspectos relacionados ao fim do casamento.

<sup>274</sup> A adoção desta nova nomenclatura não agradou a vários doutrinadores. Para Silvio RODRIGUES, não havia nenhuma vantagem abandonar a expressão *desquite* “que tem conceito preciso na linguagem técnica e na correntia, para adotar uma outra suscetível de gerar confusão, apenas para imitar o que se encontra em outras legislações, em detrimento do que é genuinamente brasileiro.”(**O divórcio**, p. 05). José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ expressando opinião semelhante, entendem que a substituição provocada pela Lei 6.515/77, não apresentou razão convincente, o que justificou a larga utilização de *desquite* em lugar de *separação judicial*. (op. cit., p. 453). Em sentido contrário, Rodrigo da Cunha PEREIRA argumenta que “Não há um motivo de ordem técnica para a mudança dessas expressões. Mas se buscarmos na história do Brasil, veremos que ela trazia em si uma carga de preconceito, um peso, para aqueles que se desquitavam. [...] A palavra veiculava quase um *palavrão*. (**Direito de família : Uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 53.)

Ambos se diferenciam pois aquela, embora acabe com a comunhão de vida,<sup>275</sup> mantém o vínculo jurídico intacto, ao passo que este põe termo a qualquer ligação existente entre os cônjuges, permitindo um novo casamento.

Adotou-se a pluralidade de causas para a dissolução da sociedade conjugal. Assentada inicialmente na vontade recíproca, a separação consensual tornou-se possível após decorridos dois anos do casamento, com a devida homologação judicial.<sup>276</sup> Nesta hipótese, cabe aos pais decidir acerca da guarda dos filhos.<sup>277</sup> Entretanto, a separação não será decretada se o magistrado entender que o acordo não preserva suficientemente o interesse dos filhos ou de um dos cônjuges.<sup>278</sup>

Caso inexista consenso, três outras possibilidades estão presentes na legislação. Na primeira modalidade, a separação-sanção fundamenta-se na existência de culpa de um ou ambos os cônjuges, sendo esta a causa determinante da impossibilidade de continuidade da vida comum.<sup>279</sup>

A noção de culpa,<sup>280</sup> empregada neste contexto, traduz a “violação de um dever conjugal”,<sup>281</sup> especialmente atrelada aos direitos e deveres existentes entre os

---

<sup>275</sup> A comunhão de vida, definida por José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, quando cuidaram do concubinato, compreende a “comunhão de sentimento e comunhão material”. (op. cit., p. 76.) Em se tratando de casamento, o legislador traçou suas linhas gerais no artigo 3º da Lei 6.515/77: “Art. 3.º - A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.”

<sup>276</sup> “Art. 4.º - Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.”

<sup>277</sup> “Art. 9.º - No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4.º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.”

<sup>278</sup> “Art. 34. § 2º. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.”

<sup>279</sup> “Art. 5.º - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.”

<sup>280</sup> A questão da culpa pela ruptura da sociedade conjugal pode ser examinada pelo viés da psicanálise, como realizado por Fernanda Otoni de BARROS, que afirma não existir “um culpado pelo desencontro amoroso, pois o desencontro já estava lá na singular forma de amar. A conjugalidade é um exercício litigioso, confronto de diferenças, estruturado em torno da ficção de amor que cada um construiu, de forma ímpar.” (op. cit., p. 792.). Esta perspectiva psicanalítica, que vem conquistando espaço na esfera jurídica familiar mas não é objeto central neste trabalho, pode ser aprofundada na obra de Rodrigo da Cunha PEREIRA citada anteriormente, bem como na seguinte:

sujeitos da sociedade conjugal, inscritos no artigo 231 do Código Civil brasileiro: fidelidade recíproca, vida em comum na sociedade conjugal e mútua assistência.

Diante desta situação, sugere o artigo 10 que os filhos fiquem sob a guarda do cônjuge inocente e, se ambos forem culpados, sejam entregues preferencialmente à mãe. Contudo, se o julgador verificar que tal solução não atende o interesse dos filhos, poderá atribuí-la ao pai ou a uma pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges.<sup>282</sup>

A segunda modalidade, a separação-falência, exige a ruptura fática pelo período mínimo de um ano, associada à impossibilidade de reconstrução da comunhão de vida.<sup>283</sup>

Fundada estritamente na falência da sociedade conjugal, tem como princípio orientador o da ruptura, onde “não está mais em jogo uma idéia de culpa nem uma preocupação sancionadora. O único fundamento [...] é de natureza objetiva: a cessação da comunhão de vida entre os cônjuges.”<sup>284</sup>

Os filhos, neste caso, em princípio serão mantidos com o cônjuge que com eles ficou durante o período da separação de fato.<sup>285</sup> Se durante todo o período de rompimento os filhos sempre estiveram somente com um dos cônjuges, “inexiste razão para alterar-se aquela situação para deferir-se dita guarda ao cônjuge que já

---

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família e psicanálise : Ensaio para uma proposta interdisciplinar. **Revista de direito civil**, n. 64, ano 11, p. 68-77.

<sup>281</sup> OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 447.

<sup>282</sup> “Art. 10. - Na separação judicial fundada no *caput* do art. 5.º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa. §1.º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal situação possa advir prejuízo de ordem moral para eles. §2.º - Verificando que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.”

<sup>283</sup> “Art. 5.º - *omissis*. §1.º - A separação judicial pode ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 1 (um) ano consecutivo, e a impossibilidade sua reconstituição.”

<sup>284</sup> OLIVEIRA; MUNIZ, p. 448.

<sup>285</sup> “Art. 11. - Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no §1.º do art. 5.º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum.”

se encontra desligado da família todo esse tempo, sem laços, portanto, mais estreitos de convivência com os filhos.”<sup>286</sup>

Se, contudo, os filhos ficaram em companhia ora de um genitor, ora de outro, demonstrando com isso a inexistência de estabilidade, a decisão deve buscar atender seu real interesse, independente da situação fática existente no momento em que é decretada a separação.

A separação-remédio, de igual forma, assenta no princípio da ruptura, que causa o fim da comunhão de vida em razão do surgimento de grave doença mental, de cura improvável, em um dos cônjuges, após o casamento, cuja duração exceda cinco anos.<sup>287</sup>

Caso existam filhos desta união, sua guarda será atribuída ao cônjuge que estiver em condições de dar continuidade à criação e educação, independente do estado de saúde.<sup>288</sup>

A separação judicial é um direito potestativo, de caráter modificativo,<sup>289</sup> que sujeita a outra parte ao seu exercício, se fazendo sentir na esfera jurídica de outrem e gerando “a necessidade de suportar os efeitos” de seu exercício.<sup>290</sup>

Tal natureza jurídica faz com que, em princípio, o outro cônjuge não tenha condições de se opor à separação, desde que provada a existência dos fatos alegados na inicial: a violação dos deveres conjugais, a separação de fato por mais de um ano ou a existência de doença mental.

---

<sup>286</sup> PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial**. Comentários à lei 6.515/1977 à luz da Constituição de 1988, com as alterações das leis 7.841 e 8.408-92: doutrina, legislação jurisprudência, direito comparado. 9. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 68-9.

<sup>287</sup> “Art. 5.º - *omissis*. §2.º - O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.”

<sup>288</sup> “Art. 12. - Na separação judicial fundada no § 2.º do art. 5.º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.”

<sup>289</sup> “Os *direitos potestativos modificativos* tendem a produzir uma simples modificação numa relação jurídica existente e que continuará a existir, embora modificada.” (PINTO, op. cit., p. 174). Grifos no original.

<sup>290</sup> AMARAL, **Direito...**, p. 191.



Porém, abriu o legislador uma exceção legal à sujeição. Trata-se da cláusula de dureza, presente no artigo 6º<sup>291</sup> da Lei 6.515/77. São “regras que autorizam o juiz a não decretar o divórcio (ou a separação), não obstante estejam presentes os requisitos legais de concessão, quando sejam de temer-se conseqüências particularmente graves ou excepcionalmente injustas ou difíceis.”<sup>292</sup>

As hipóteses descritas em lei, que constituem conceitos juridicamente indeterminados somente apreciáveis concretamente, dividem-se nas referentes à condição pessoal ou agravamento da doença do outro cônjuge e à conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos.<sup>293</sup>

Desta forma, caso a separação venha a agravar as condições pessoais do cônjuge ou dos filhos, pode o juiz, mediante provocação expressa, não decretar a separação judicial.<sup>294</sup>

No que tange ao divórcio, a Lei 6.515/77, associada ao artigo 226, § 6º da Constituição Federal,<sup>295</sup> permite sua concretização de duas maneiras, ambas informadas por idêntico princípio: a ruptura da vida comum, sem a possibilidade de restabelecimento da sociedade conjugal.

O divórcio, caso seja precedido de qualquer modalidade de separação judicial, será feita mediante conversão, um ano após a decisão que a decretou.<sup>296</sup>

---

<sup>291</sup> “Art. 6.º - Nos casos dos §§ 1.º e 2.º do artigo anterior, a separação judicial poderá ser negada, se constituir, respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinar, em qualquer caso, conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores.”

<sup>292</sup> OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 473.

<sup>293</sup> José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ apresentam, a título de exemplo, situações que podem dar abertura à aplicação da cláusula de dureza: quanto ao cônjuge, o estado depressivo ou estado de saúde precário ou uma sucessão de situações negativas; quanto aos filhos, a tenra idade ou a fase da adolescência. (op. cit., p. 474).

<sup>294</sup> É de se questionar se a manutenção da sociedade conjugal, por força de decisão judicial, não produzirá, efeitos mais danosos do que seu rompimento. Neste sentido, entende Áurea Pimentel PEREIRA que se constitui uma exceção à aplicação da cláusula “se ficar provado que os desentendimentos do casal no recesso do lar são de ordem tal, revestem-se de tal gravidade, que manutenção do convívio dos cônjuges sob o mesmo teto em tais circunstâncias será mais danosa para os filhos do que a própria separação.” (op. cit., p. 54.).

<sup>295</sup> “Art. 226. - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 6.º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

<sup>296</sup> “Art. 25. - A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existente há mais de 1 (um) ano, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar

Neste caso, a decisão sobre a guarda dos filhos, já objeto de decisão quando da separação, poderá ser mantida.

Em se tratando de divórcio direto,<sup>297</sup> é requisito a separação de fato por um período superior a dois anos. Nesta modalidade, discutem-se todos os pontos que deveriam ter sido discutidos na separação-falência, tendo com o efeito do fim do vínculo jurídico existente entre os cônjuges.

Por analogia, a guarda dos filhos terá idêntico tratamento ao da separação-falência, sendo atribuída ao cônjuge que os tenha tido consigo durante a separação fática.

### 3 A GUARDA NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA PRÉ-CONSTITUCIONAL

A promulgação da Lei 6.515/77, criou, no entender de Silvio RODRIGUES, “um enorme vão no Código, derogando dispositivos que passarão a ser matéria de lei extravagante, quando esta, praticamente, apenas repete o que estava naquele.”<sup>298</sup>

Com efeito, excetuando seus artigos 11, 12, 15 e 16, todos os demais já estavam presente no Código Civil brasileiro, regulamentando a guarda dos filhos nos casos de desquite. A manutenção das linhas gerais da guarda revelou que, embora a adoção do princípio da dissolubilidade do vínculo conjugal indicasse uma significativa transformação no Direito de Família, as linhas gerais do modelo jurídico codificado foram conservadas.

---

correspondente (art. 8.º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.”

<sup>297</sup> “Art. 40. - No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo de separação.”

<sup>298</sup> RODRIGUES, **O divórcio...**, p. 103.

Segundo Arnaldo WALD, o critério de decisão acerca da guarda de filhos na referida Lei foi bicentrado no princípio da inocência ou da culpa do cônjuge e no interesse do filho.<sup>299</sup>

A verificação da existência de culpa pela dissolução da sociedade conjugal remete o julgador ao exame do comportamento do cônjuge enquanto tal.<sup>300</sup> Ademais, o exame recai sobre o vínculo jurídico conjugal, onde seus sujeitos são marido e mulher.

Ocupando esta posição, cada cônjuge tem um conjunto de direitos e deveres para com o outro, fruto desta relação pessoal existente entre ambos. Uma vez violado um deles, o cônjuge desrespeitado, utilizando-se deste fato, pode pleitear o fim da união pela associação deste à impossibilidade de continuidade da vida comum.

A conduta desonrosa e/ou a violação dos deveres conjugais de fidelidade recíproca, vida comum no domicílio conjugal e mútua assistência material e moral são motivos suficientes para configurar as hipóteses descritas no artigo 5º da Lei 6.515/77 e causar o fim de um casamento, além de outras sanções civis.<sup>301</sup>

Das sanções interessa uma delas: “privar o culpado da guarda dos filhos, que é conferida ao inocente, [...]”; pois uma das conseqüências da derrota, na contenda de desquite, é a perda da guarda dos filhos, para o cônjuge culpado.”<sup>302</sup>

Tal solução acabaria por atuar como uma forma de controle da conduta conjugal o que, para Áurea Pimentel PEREIRA, é compreensível face a dignidade com que se portou durante a existência da sociedade conjugal.<sup>303</sup> Posição

---

<sup>299</sup> Registra Arnaldo WALD que a Lei 6.515/77, em se tratando da guarda de filhos “atende aos dois princípios da culpabilidade e da inocência dos pais e do interesse superior dos filhos, refletindo aliás normas dominantes no direito estrangeiro sobre a mesma matéria.” (WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro** : Direito de família. 11. ed. rev. ampl. atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. p. 140.).

<sup>300</sup> Observa-se a aplicação deste princípio na Apelação Cível 10.023, que data da década de 80, onde restou determinado que “na separação judicial de caráter litigioso, o filho menor, por expressa disposição legal, ficará com o cônjuge que a ela não houver dado causa.” (Apelação Cível 10.023. (n. c.) e (n. c.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Atahide Monteiro da Silva. 19 de agosto de 1981. Revista dos Tribunais, São Paulo, 549, p. 170-172, jul. 1981.).

<sup>301</sup> As outras sanções dizem respeito ao direito da mulher sobre o nome de casada e aos alimentos entre cônjuges, que não serão objeto de exame neste trabalho.

<sup>302</sup> RODRIGUES, **O divórcio...**, p. 107-8.

semelhante é apresentada por Washington de Barros MONTEIRO para quem é “[...] natural se contemple o inocente com a posse dos filhos menores, por ter sabido guardar, com zelo e dignidade, os deveres decorrentes do matrimônio e violado pelo consorte. Presume a lei que não pode ser bom pai, ou boa mãe, quem não se mostrou, *in tempore opportuno*, bom marido ou boa mulher.”<sup>304</sup>

O segundo princípio orientador da guarda foi o interesse dos filhos, consignado expressamente no artigo 13 da Lei do Divórcio,<sup>305</sup> que, no entendimento de Yussef Said CAHALI, torna todas as regras anteriores “*relativas*, na medida em que se transferiu aos tribunais o difícil encargo de pesquisar a solução que melhor atenda aos interesses da prole.”<sup>306</sup>

A leitura do referido artigo aponta para um aspecto significativo. Estabeleceu o legislador que, **se** houver motivos graves, poderá o juiz, a bem dos filhos, regular a guarda de maneira diversa da estabelecida nos artigos precedentes. O legislador, ao condicionar esta forma de decisão à existência de motivos graves - que seria o próprio interesse -, abriu espaço para uma interpretação que entenda ter este critério um caráter suplementar, cuja aplicação estaria condicionada aos tais *motivos graves*.

Inferese, neste ponto, que a relação conjugal ganhou maior destaque do que o interesse do próprio filho, que só teria a seu favor critério decisório diante de motivos que ao juiz parecessem graves. Caso contrário, aplicar-se-ia a lei. O papel do filho, neste contexto, é de coadjuvante da relação conjugal e não de protagonista na relação paterno-filial.

---

<sup>303</sup> Áurea Pimentel PEREIRA sustenta sua posição em comentário de Carvalho SANTOS ao já revogado artigo 326 do Código Civil brasileiro, aduzindo que: “se o cônjuge foi declarado inocente, é precisamente porque se portou dignamente na constância da sociedade conjugal e, pelos seus precedentes honrados que o recomendam, faz jus a que a lei lhe dê preferência para ter consigo os filhos”. (op. cit., p. 64.).

<sup>304</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** : Direito de família. 32 ed. rev. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 232.

<sup>305</sup> “Art. 13. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.”

<sup>306</sup> CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 6. ed. 2ª tiragem. São Paulo : Revista dos Tribunais, [s. d.]. p. 969. Tal posição é compartilhada por Marco Aurélio S. VIANA: “Assim, em que pese a presença de regras que ditam a solução, segundo as causas da separação, elas funcionam com relatividade, porque o elemento determinante é o **bem do menor**. (A tutela da criança e do adolescente. In.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de família e do menor** : Inovações e tendências - doutrina e jurisprudência. 3 ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 293. Grifo no original).

Outro aspecto destaca-se. Diante da preferência legal dada à mãe no caso de culpa concorrente, o legislador presumiu<sup>307</sup> ser ela a guardiã mais apta. Com isto, deu seqüência à rígida bipartição dos papéis familiares assentado na mística feminina,<sup>308</sup> elemento social informador do conteúdo do papel da mulher dentro da família tradicional, apreendido pela esfera jurídica e reproduzido também pela doutrina e pela jurisprudência, que pode ser concretamente observado na posição defendida por Silvio RODRIGUES:<sup>309</sup>

Duas razões o conduzem a essa solução, uma de caráter tradicional, outra de ordem prática.

Com efeito, no Brasil, em geral, não é pequeno o número de senhoras que se ocupam dos afazeres domésticos, não exercendo profissão fora do lar, enquanto a maioria dos homens tem seus dias ocupados pelo trabalho fora de casa. Isso era mais verdade no passado, mas ainda hoje representa uma realidade, pois, nas classes mais abonadas da sociedade, o exercício de profissão pela mulher ainda é fato relativamente reduzido. [...]

A segunda razão da regra, esta de ordem prática, é a inescandível conveniência, se não mesmo a necessidade, de confiar-se à mãe os filhos de tenra idade. A mulher tem, ordinariamente, refinamentos de sensibilidade que o homem, por mais bondoso que seja, nem sempre apresenta. Daí a preferência do legislador, consignada no texto.

A atribuição da guarda nos casos de separação de fato obedecia à orientação de que, se os filhos haviam naturalmente ficado com aquele genitor, com ele deviam ser mantidos.<sup>310</sup>

---

<sup>307</sup> Por presunção entenda-se o “processo da técnica jurídica com o qual o direito diz que é o que é provável que seja, como, por exemplo, quando se afirma que o marido é o pai dos filhos de sua mulher (*pater is este quem nuptiae demonstrant*), que a coisa julgada é tida como verdadeira (*res judicata pro veirte habetur*).” (AMARAL, **Introdução...**, p. 393.). Orlando GOMES define-a como “uma consequência que a lei tira de um fato conhecido, para admitir um desconhecido,” (**Introdução...**, p. 10.). Nesse contexto, o fato conhecido se informa na mística feminina, onde um dos papéis da mulher é ser boa mãe e conclui que, entre ela e o pai, o melhor genitor será ela.

<sup>308</sup> A questão da mística feminina será objeto de exame no capítulo dedicado aos papéis na sociedade conjugal.

<sup>309</sup> RODRIGUES, **O divórcio...**, p. 110-11. A obra em questão data de 1977, portanto, dez anos antes da promulgação da Constituição Federal, que realizou uma profunda modificação nos paradigmas do Direito de Família. Nada obstante, seu conteúdo revela qual a visão da condição da mulher na família e, especialmente, a que classe social a preocupação jurídica se dirigia.

<sup>310</sup> A este propósito destaca Áurea Pimentel PEREIRA que “[...]se a vida em comum já se encontra rompida há muito tempo pela separação, e se durante esse longo período os filhos estiveram sempre sob a guarda de um dos cônjuges, inexistirá razão para alterar-se aquela situação para deferir-se dita guarda ao cônjuge que já se encontra desligado da família todo esse tempo, sem laços, portanto, mais estreitos de convivência com os filhos. Até por uma questão de bom-senso, é de

Na legislação ordinária externa à Lei 6.515/77, a modalidade de guarda dos filhos diz respeito à inexistência de uma família matrimonializada, denominada por Eduardo de Oliveira LEITE de família natural,<sup>311</sup> nas quais “o legislador nacional sempre entendeu que a guarda é inteiramente confiada à mãe (talvez convencido que esta nunca - ou dificilmente - se omite de reconhecer o filho).”<sup>312</sup>

O reflexo desta posição se faz sentir na legislação. Nos casos onde o reconhecimento do filho nascido fora do casamento foi feito por ambos os genitores, a mãe o terá consigo preferencialmente por força de lei.<sup>313</sup> Caso o filho somente tenha sido reconhecido por um deles, este então terá a guarda.

Esta posição assenta nos princípios tradicionais que informaram o diploma legal civil de 1916, mantidas as linhas gerais na legislação ordinária posterior. Cuida-se de orientação compatível tendo uma família codificada como referência, onde os elementos informadores da guarda encontravam respaldo nos papéis familiares inflexíveis e o exame do comportamento dos cônjuges justificava-se pela preocupação com a proteção do vínculo conjugal, aspecto que também se destacava em relação aos sujeitos da família.

#### 4 ELEMENTOS PARA UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL DOS CRITÉRIOS PARA A DECISÃO ACERCA DA GUARDA DE FILHOS

---

se concluir que os filhos prefiram ficar com quem sempre viveram, desde a separação de fato.”(op. cit., p. 68-9.).

<sup>311</sup> Por família natural Eduardo de Oliveira LEITE as entidades familiares formadas pela ausência de casamento, tais como a união livre, a união estável. (op. cit., p. 186.).

<sup>312</sup> LEITE, op. cit., p. 186.

<sup>313</sup> Cuida-se do artigo 16 do Decreto-lei 3.200, de 19 de abril de 1941, com redação dada pela Lei 5.582 de 16 de junho de 1970: “O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor. §1º - Verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores. §2º - Havendo motivos graves, devidamente comprovados, poderá o juiz, a qualquer tempo, decidir de outro modo, no interesse do menor.” Esta disposição conflita com a redação original do artigo 360 do Código Civil brasileiro, que dá preferência à guarda paterna, cuja aplicação ficou prejudicada com a superveniência do disposto no referido artigo do Decreto-lei.

A organização das relações internas da família extramatrimonial e as consequências de sua dissolução foram regulamentadas tendo como parâmetro a família matrimonializada.<sup>314</sup> Os papéis familiares materno e paterno, cujos contornos foram delineados dentro do casamento, informaram a orientação legal a ser tomada em caso de sua ausência.<sup>315</sup>

A valorização dos sujeitos, associada à admissão de pluralidade de modalidades de estruturas familiares, reflexo da alteração do paradigma legal de família provocado pela Constituição Federal de 1988, aponta para a “reconsideração daquele parâmetro tradicional.”<sup>316</sup>

Desta forma, infere-se um primeiro ponto de rediscussão: a substituição da singularidade da família matrimonial pela pluralidade constitucionalizada.<sup>317</sup> O expresse ingresso da família extramatrimonial na esfera jurídica familiar, em princípio, provocou um vazio legislativo no que diz respeito a sua regulamentação ordinária.<sup>318</sup>

O casamento, da celebração até o fim, foi cercado pela legislação de maneira que todos os efeitos que pudessem ser produzidos fossem regulamentados. A guarda dos filhos, quer durante a constância do casamento, ou após a dissolução

---

<sup>314</sup> LEITE, op. cit., p. 187.

<sup>315</sup> Em outras palavras, não se teve como relação principal a ser examinada a paterno-filial, mas sim a existência ou não de um casamento e, inexistindo, o prolongamento da regulamentação presente na relação matrimonial

<sup>316</sup> LEITE, op. cit., p. 187.

<sup>317</sup> Não significa afirmar que o legislador tenha desejado acabar com o casamento ou desmerecê-lo. Ao contrário. Ao mesmo tempo em que abre as portas da esfera jurídica a outras formas de constituição de família, reforça a matrimonialização assegurando os contornos constitucionais ao casamento civil e ao religioso com efeitos civis, bem como defendendo-o mediante a expressa determinação de que as uniões extramatrimoniais devem ter sua conversão em casamento facilitada, nos termos do §3º do artigo 226 da Constituição Federal. O que chegou ao fim foi “o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento”, sendo ambas realidades distintas. (OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 89.).

<sup>318</sup> E discute-se sobre a oportunidade de sua existência. Se as pessoas, exercendo sua liberdade, optaram pela constituição de uma família informal - expressão esta utilizada como contraste da formalização através do matrimônio -, cabe questionar se pode o legislador cercá-la de legislação, tonando-a quase tão regulamentada como o casamento. É certo que, após a Constituição Federal de 1988, as Leis 8971/94 e 9278/96 regulamentaram diretamente o tema, nada obstante exista uma divergência doutrinária acerca da vigência de ambas.

da sociedade conjugal ou do vínculo, teve as decisões possíveis contempladas em Lei,<sup>319</sup> respeitados os princípios informadores da família matrimonializada.

Quanto às uniões extramatrimoniais, seu ingresso na esfera do Direito de Família revelou o silêncio, tampouco suprido pela legislação ordinária, no que diz respeito à guarda dos filhos nela nascidos.<sup>320</sup> Acerca de outras situações, sem origem em rompimento da uniões dos genitores, pode se encontrar na doutrina autores que ainda invocam a legislação ordinária vigente antes da Constituição Federal de 1988,<sup>321</sup> com a devida interpretação dentro dos parâmetros de uma família igualitária.

As situações destacadas - união matrimonializada, extramatrimonial ou inexistente - se observadas conforme feito pelo tratamento legislativo, são diversas e incompatíveis entre si. A existência de um casamento encaminha expressamente a solução acerca da guarda dos filhos para a Lei 6.515/77, ao passo que a inexistência dele permite duas possibilidades: a ausência de união dos genitores busca-a na legislação ordinária<sup>322</sup> e a união extramatrimonial não tem, na legislação específica, qualquer orientação, o que faz com que a doutrina remeta à disposição legal anterior.

Com efeito, explica-se tal situação pois a ótica pré-constitucional adotada pelo legislador ordinário parte da existência ou não de uma união para decidir qual o destino dos filhos nela nascidos. Uma vez que cada situação recebe um tratamento

---

<sup>319</sup> Durante a vigência da sociedade conjugal, o exercício da autoridade parental é conjunto por força de determinação Constitucional. Quanto ao fim da sociedade conjugal pela separação judicial, ou do vínculo, através do divórcio, cuidou do tema a Lei 6.515/77.

<sup>320</sup> A Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, a exemplo do que dispôs o Código Civil brasileiro na parte referente aos deveres dos cônjuges, no artigo 2º atribuiu aos conviventes o direito/dever de guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

<sup>321</sup> Tem-se, como exemplo, a afirmação feita por Guilherme Gonçalves STRENGER em comentário ao disposto no artigo 16 do Decreto-lei 3.200/41: "Consideramos esta redação não incompatível com o texto constitucional, pois, quando a norma estabelece que ficam proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, isto não significa que, se esteja impedido de qualificar adequadamente o fato em questão."(op. cit., p. 45). Posição semelhante pode ser encontrada na obra de José Francisco Basílio de OLIVEIRA, **Guarda, visitação e busca e apreensão de filho**. Rio de Janeiro : Destaque, s. d..

<sup>322</sup> Conforme estabelecido no artigo 16 do Decreto-lei 3.200/41.



diverso compatível com a situação jurídica dos pais, não se pode empregá-lo fora das situações que regulamenta.<sup>323</sup>

Esta incompatibilidade de soluções reside na ótica adotada pelo legislador: ter na família codificada um parâmetro para a solução das questões da guarda.<sup>324</sup> Uma mesma relação jurídica paterno-filial pode ter soluções legais diversas pois seu exame é feito através da relação existente entre os pais. Isto conduz a um problema. Quando a família matrimonializada era a única com reconhecimento legal expresso, a guarda dos filhos nela nascidos buscava solução na lei.

Diante de outras novas possibilidades de guarda, decorrentes, por exemplo da dissolução de uma união extramatrimonial, não podem ser aplicados dispositivos legais afetos ao fim de um casamento, posto que se tratam de relações jurídicas diferentes.<sup>325</sup> Assim sendo, filhos matrimoniais e extramatrimoniais, mesmo que ocupando uma posição jurídica semelhante, podem receber um tratamento jurídico diferenciado.

---

<sup>323</sup> Não se pode, por exemplo, aplicar a solução presente na Lei 6.515/77 para decidir sobre a guarda dos filhos de uma união extramatrimonial onde o rompimento ocorreu em razão da violação do artigo 2º, I, da Lei 9.278/96, que determina a existência de respeito e consideração mútuos.. A título de argumento, se fosse um casamento, poderia ser invocada a culpa e, segundo a dicção legal, ao cônjuge inocente seria atribuída a guarda. Como se trata de uma união estável, não se pode aplicar a dissolução por culpa posto que são duas situações jurídicas diversas: o casamento cuja lei permite apontar a existência de culpa como fundamento do rompimento, e a união extramatrimonial, que não a admite.

<sup>324</sup> Esta ótica equivocada passa pela autoridade parental e sua origem: “Na sociedade conjugal, o poder paternal deriva do matrimônio. Já nas relações maritais concubinárias, o pátrio poder nasce do reconhecimento do filho, nos termos legais.” (OLIVEIRA, José. Op. cit., p. 86.).

<sup>325</sup> O cuidado é necessário na medida em que já se encontra na doutrina expressas afirmações em sentido contrário como a feita por J. M. Leoni Lopes de OLIVEIRA: “A guarda decorrente de disputa entre os pais, em virtude de separação judicial ou divórcio, é regulada pela Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), nos arts. 9º a 16. Também a guarda dos filhos oriundos de união estável tem a sua regulamentação prevista no art. 2º, inciso IV da Lei nº 9.278/96, devendo-se aplicar por analogia os dispositivos citados na Lei do Divórcio.” (op. cit., p. 32.). E mais adiante reafirma: “À falta de normas regulamentando a guarda dos filhos oriundos de união estável dos seus pais, em caso de dissolução da união estável, somos que devem-se aplicar, por analogia, os dispositivos dos arts. 9º, 10, 11, 13, 15 e 16, em relação à dissolução litigiosa de união estável, com atribuição de culpa, bem como o art. 1.121 do Código de Processo Civil, quanto à dissolução consensual de união estável.” (op. cit., p. 63.). Compartilha desta posição José Francisco Basílio de OLIVEIRA, para quem “Os dispositivos sobre a guarda dos filhos no caso de dissolução da sociedade conjugal são os contidos nos arts. 9º à 16 da Lei do Divórcio. Essas regras são também plenamente aplicáveis aos filhos nascidos da união livre, segundo o primado de que a guarda dos filhos naturais regula-se em princípio pelo consenso dos pais e, na falta de acordo destes, aplicam-se as regras aos filhos ditos legítimos.” (op. cit., p. 86.). Guilherme Gonçalves STRENGER compartilha de tal posição, como se pode constatar na página 46, op. cit.

Esta situação aponta para uma violação do princípio constitucional que garante a igualdade de direitos entre filhos de qualquer natureza, precisamente porque este princípio dá destaque à relação paterno-filial em lugar da conjugal.

Sua consolidação na esfera ordinária levou Gustavo TEPEDINO a afirmar ser este “o último patamar de uma longa e tormentosa evolução legislativa, que altera radicalmente o tratamento diferenciado conferido pelo legislador civil aos filhos, segundo a espécie de relação existente entre seus pais.”<sup>326</sup>

A faceta mais explorada da igualdade na filiação abarcou relações entre irmãos, colocando fim aos diferentes tratamentos jurídicos que eram determinados por força da espécie de união dos genitores, equiparando-os em direito e deveres que tenham origem na filiação.

Entretanto, seu alcance é mais extenso. Valorizando o vínculo pais-filho, o tratamento jurídico dispensado a um filho matrimonial deve ser idêntico àquele que tem como destinatário o filho extramatrimonial.<sup>327</sup>

Por conseguinte, um tratamento jurídico diferenciado, que é uma das dimensões “do conteúdo jurídico-constitucional do princípio da igualdade”,<sup>328</sup> somente é aceitável para “compensar desigualdades fáticas de natureza econômica, social ou cultural”,<sup>329</sup> o que não é o caso.<sup>330</sup>

Diante desta perspectiva, a manutenção da desigualdade de regulamentação da guarda conserva uma discriminação, já banida

---

<sup>326</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação. In.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor** : Inovações e tendências, doutrina e jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 225.

<sup>327</sup> É preciso ter o cuidado de separar os efeitos da relação paterno-filial dos produzidos pela relação conjugal. Com isto se evita incidir no equívoco de afirmar que, por exemplo, a igualdade passa a abrigo sob a presunção *pater is est* também os filhos nascidos numa união estável. Esta presunção de paternidade é um efeito do casamento, que na família codificada estendia o manto da legitimidade por sobre os filhos matrimoniais.

<sup>328</sup> MUNIZ, O direito..., p. 10.

<sup>329</sup> *Id. Ibid.*, p. 10.

<sup>330</sup> Ao contrário, a igualdade entre os cônjuges, em virtude das desigualdades fáticas existentes, se faz com a diferenciação, pois, como registra Francisco José Ferreira MUNIZ, “A igualdade de direito não se confunde [...] com um nivelamento sistemático.”(O direito..., p. 10.).

constitucionalmente, ofendendo a dignidade daqueles abarcados por decisões inconstitucionais.<sup>331</sup>

O respeito à dignidade do filho passa pelo tratamento legal igualitário, bem como por sua valorização como pessoa e, de modo especial, como personalidade em desenvolvimento, quando, então, a igualdade se concretiza pelo destaque e valoração das diferenças.

Desta maneira, a guarda de cada filho deve ser estabelecida pelo juiz tendo em conta todos os aspectos daquele caso concreto, na busca em atender o melhor interesse daquele filho, naquele momento específico. Se o pedido de guarda disser respeito a mais de um filho, não há necessidade de a decisão ser idêntica para todos. É preciso, pois, respeitar as particularidades de cada relação paterno-filial.<sup>332</sup>

A este propósito destaca Pontes de MIRANDA: “Os filhos podem ficar uns com o pai, outros com a mãe, ou todos com o pai, ou todos com a mãe, ou um só com o pai, ou um só com a mãe, porque o interesse deles é que decide, e não são iguais os interesses dos filhos”,<sup>333</sup> posto ser este o “único critério legal que permite ao juiz confiar a guarda [...] a um dos genitores.”<sup>334</sup>

---

<sup>331</sup> Examinando a igualdade na esfera conjugal o que, por si só não obsta sua aplicação nas relações de filiação, registra Francisco José Ferreira MUNIZ que “A garantia de igualdade pertence aos direitos fundamentais e tem efeito imediato na ordem jurídica brasileira. Ingressou, portanto, no domínio do Direito: Tornou-se uma norma do Direito Positivo. Significa isto que, a partir da entrada em vigor da Constituição, todas as leis que traduzem discriminações em função do sexo são inconstitucionais. Portanto, a desigualdade de tratamento não se tem por justificada se falta apoio material-constitucional para a diferenciação.” (op. cit., p. 9-10.).

<sup>332</sup> Também esta é a orientação a ser adotada quando a guarda discutida refere-se a um dos filhos comuns. Situação concreta foi examinada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Os pais, na separação consensual, acordaram que os dois filhos comuns ficariam em companhia materna. Logo após, o filho mais velho passou a morar com o pai, situação consolidada com o passar do tempo. Este ajuizou ação visando modificar a guarda somente daquele filho que tinha consigo, no que obteve êxito. Destaca-se, no acórdão, a valorização da situação concreta como elemento a ser considerado: “Não se pode deixar de lado, outrossim, inarredável situação de fato já consumada: O tempo em que o menor se encontra sob os cuidados do pai. A modificação desta situação, com os elementos existentes nos autos, não é conselho ditado pela prudência.” (Apelação Cível 26.951.4/4-00. R. S. S. e R. E. S. (Segredo de Justiça) Relator Desembargador Franciulli Netto, 16 de setembro de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 747, p. 253-254, jan. 1998. Sem grifos no original).

<sup>333</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. 3 ed. São Paulo : Max Limonad, 1947. v. I - Direito matrimonial. p. 466.

<sup>334</sup> LEITE, op. cit., p. 93. A afirmação foi feita num sentido mais restrito, quando do exame do artigo 10 e parágrafos da Lei 6.515/77, o que não obsta sua utilização num sentido mais amplo.

Esta é a orientação a presidir todas as decisões acerca da guarda, qualquer que seja sua modalidade, legal ou judicial, em sede de primeira decisão ou de alteração.

Tal cuidado encontra-se inscrito tanto no artigo 155 do Código Civil italiano como no artigo 6º, comma 2, Lei 898/70.<sup>335</sup> Dentro da estrutura codificada, na parte em que o legislador italiano cuidou da família, e mais precisamente do casamento, as providências a serem tomadas quanto aos filhos nascidos daquela união são tratadas como um aspecto necessário frente à ruptura entre os genitores.

Não orientam a decisão acerca da guarda os motivos aduzidos como fundamento da ruptura da união. Todos os elementos a serem considerados pelo juiz localizam-se exclusivamente na seara do interesse moral e material da prole.

Desta sorte, no modelo jurídico italiano, tanto a atribuição da guarda, sua manutenção ou alteração, bem como a determinação dos limites dos poderes paternos e seu efetivo exercício pelos genitores terão como norte a busca do interesse dos filhos.<sup>336</sup>

É preciso ainda ressaltar que a aplicação do princípio da igualdade no que diz respeito ao sexo, inserido na Constituição Federal em seu artigo 226, §5º, tem espaço no estabelecimento da guarda de filhos. Pai e mãe encontram-se em condições de igualdade sem que possa se estabelecer uma preferência entre

<sup>335</sup> “2. Il tribunale che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio dichiara a quale genitore i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Ove il tribunale lo ritenga utile all'interesse dei minori, anche in relazione all'età degli stessi, può essere disposto l'affidamento congiunto o alternato.”

<sup>336</sup> Registra Alberto TRABUCCHI que “il sistema giuridico è volto ad assicurare l'interesse del figlio, o in generale del minore, nell'allevamento della prole. (O sistema jurídico está voltado para assegurar o interesse do filho, ou em geral do menor, na criação e educação da prole.)” (Il ‘vero...’, p. 717.). No mesmo sentido asseveram Roberto THOMAS e Maurizio BRUNO: “In sostanza, tutto il sistema normativo italiano, è basato sul principio da perseguire esclusivamente l'interesse morale e materiale dei figli minori [...], disinteressandosi, non infrequentemente, nell'ottica esclusiva della protezione della prole, delle vicende e delle colpe dei genitori, aspetti che vengono esaminati solo in un secondo momento, rispetto le questioni pregiudiziali inerenti il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei figli. (Em essência, todo o sistema normativo italiano, assenta sobre o princípio que busca exclusivamente o interesse moral e material dos filhos menores [...], desinteressando-se, com frequência, tendo em vista exclusivamente a proteção da prole, das questões e da culpa dos genitores, aspectos que são examinados somente num segundo momento, relacionados às questões prejudiciais inerentes à manutenção, instrução e educação dos filhos.)” (**I provvedimenti a tutela dei minori** : Separazione, divorzio e situazioni di convivenza. Milano : Giuffrè, 1996. p. 07).

ambos.<sup>337</sup> Isto porque o critério de estabelecimento é o interesse do filho, que poderá ou não levar em conta o sexo do genitor como um dos elementos a ser examinado na decisão sobre o caso concreto.

#### 4.1 O interesse dos filhos como critério de decisão

O interesse do filho, conforme já apontado por Eduardo de Oliveira LEITE,<sup>338</sup> pode ser empregado tanto como critério de controle como critério de solução.

Esta nuance, no que diz respeito à guarda, pode ser detectada na redação original do Código Civil brasileiro, no artigo 327, tendo sido mantida pela Lei 6.515/77, no artigo 13. Destaca-se no tratamento dado ao tema a necessidade de existência de motivos graves que levassem o julgador a não seguir a orientação legal e optar pelo exame do interesse do filho.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, a tutela da dignidade, corolário da igualdade e forte indicativo de repersonalização, o princípio que garante a integral proteção às crianças e adolescentes, na esfera da filiação, se reveste de prioritária proteção ao interesse do filho.

Irène THÉRY,<sup>339</sup> examinando a noção em relação à reforma francesa do direito de família, que teve lugar em 1975, destaca dois objetivos principais que determinaram a escolha deste critério, bem como sua exclusividade, como base do tratamento destinado à criança, cujas considerações podem informar o modelo nacional.

---

<sup>337</sup> Não é este o entendimento de Sérgio Gischkow PEREIRA ao afirmar que “a preferência de guarda dos filhos menores deve continuar com a mãe, pois as regras correspondentes não visam desigualar marido e mulher, mas sim e só a proteção dos filhos.” (Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. In.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor** : Inovações e tendências : doutrina e jurisprudência. 3 ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 121). Entretanto, o que atenderá o interesse do filho é o exame de cada situação concreta e não o pressuposto de que a mãe é sempre a melhor guardiã.

<sup>338</sup> LEITE, op. cit., p. 195.

<sup>339</sup> THÉRY, Irène. L'intérêt de l'enfant. In.: \_\_\_\_\_. **Le démariage** : Justice et vie privée. Paris : Odile Jacob, 1994. p. 117.

De um lado, a especial atenção à fraqueza dos filhos frente aos conflitantes e inconciliáveis interesses dos pais quando do divórcio conduzem a uma solução que se demonstre mais favorável à criança.

Neste sentido, o prioritário respeito ao interesse do filho vem como uma forma de colocar em situação de maior equivalência sujeitos que entre si apresentam diferenças substanciais. É a busca da igualdade na relação paterno-filial, especialmente diante de uma ruptura que ter lugar na relação homem-mulher e cujos efeitos são sentidos pelos filhos, que, via de regra, não são judicialmente consultados acerca do fim da união.<sup>340</sup>

Outro objetivo destacado por Irène THÉRY é a necessidade de adaptação permanente do direito às constantes transformações sociais para uma “norme-cadre”, uma norma-moldura não predefinida, associada à vontade de uma justiça pragmática, mais aberta à diversidade das situações, capaz de compreender que o interesse de uma criança não é necessariamente idêntico ao de outra, bem como que este interesse sofre variações com o passar do tempo.<sup>341</sup>

A imprecisão e a variedade de conteúdo que pode apresentar a noção de interesse do filho aponta para sua consagração como uma cláusula geral, um princípio protetivo onde poderiam estar abrigadas todas suas facetas, adequadas pelo juiz a cada caso concreto. Efetivamente, “São os interesses morais e materiais

---

<sup>340</sup> Esta variação no conteúdo do interesse pode ser observada nas reflexões desenvolvidas por Antônio Cezar PELUSO que, concentrando a análise num momento anterior à ruptura da união dos genitores, identifica no interesse do filho uma dupla função, a ser aplicada tanto como impedimento ou limitação às separações ou divórcios litigiosos como nos consensuais, sustentando sua afirmação em dois dispositivos legais, ambos da Lei 6.515/77. Em se tratando da modalidade litigiosa, invoca o artigo 6º, que configura a cláusula de dureza, óbice de ruptura se a mesma provocar, no tocante aos filhos, “consequências morais de excepcional gravidade para os filhos menores.” Para as consensuais, a fundamentação legal reside no artigo 34, §2º, que permite a atuação judicial, de ofício, sempre que os interesses dos filhos não estiverem suficientemente preservados. Sob tal perspectiva, registra o autor que “Os interesses dos filhos, que predeterminam a sorte da decisão de concessibilidade, ou não, da separação ou do divórcio, são materiais e morais, guardando estes prioridade em conflitos práticos.” (op. cit., p. 24.). Esta posição, embora revele outra faceta do interesse, deve ser acompanhada de uma reflexão: se a animosidade existente entre os cônjuges já foi levada ao judiciário, a manutenção da sociedade conjugal ou do vínculo de forma obrigatória atenderá efetivamente o interesse dos filhos? Ou corre-se o risco de aumentar a discórdia e a incompatibilidade existente entre o casal, aumentando ainda mais seus efeitos nefastos?

<sup>341</sup> THÉRY, op. cit., p. 117.

dos filhos que decidem, em qualquer caso, a disciplina da guarda, como aplicação particularizada do princípio geral.”<sup>342</sup>

Pertinente a este propósito é a afirmação de Eduardo de Oliveira LEITE, para quem a “noção não se adapta, nem permite - como se pretende no mundo jurídico - reduzir tudo a esquemas perfeitamente delimitados a uma definição geral, já que a análise feita pelo juiz depende sempre de cada caso, de cada situação, exigindo condutas subjetivas de apreciação.”<sup>343</sup>

Com efeito, cuida-se de um conceito juridicamente indeterminado<sup>344</sup> que, “dado seu estreito contacto com a realidade, não é susceptível de uma definição em abstracto que valha para todos os casos.”<sup>345</sup>

Destaca-se, portanto, a necessidade de conexão a uma situação fática, onde o interesse, respeitando a particularidade dos sujeitos envolvidos, terá seu conteúdo construído a partir dos reais elementos afetos àquela guarda.<sup>346</sup> Tal é a reflexão de Maria Clara SOTTOMAIOR: “Este critério só adquire eficácia quando referido ao interesse de cada criança, pois há tantos interesses da criança como crianças.”<sup>347</sup>

---

<sup>342</sup> Apelação Cível 147.039-1/4. (n. c.) e (n. c.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Régis de Oliveira. 16 de julho de 1991. Revista dos Tribunais, São Paulo, 673, p.63-66, nov. 1991.

<sup>343</sup> LEITE, op. cit., p. 196.

<sup>344</sup> Karl ENGISH, em sua **Introdução ao pensamento jurídico**, aduz que conceitos indeterminados são aqueles “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Em todo caso devemos considerar como tais os conceitos numéricos [...]” (6. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1983. p. 208.).

<sup>345</sup> SOTTOMAIOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio** : De acordo com as alterações ao código civil introduzidas pela Lei 84/95, de 31 de agosto. Coimbra : Almedina, 1997. p. 32.

<sup>346</sup> Registra Caetano LAGRASTA NETO, Juiz do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, que: “Os aplicadores do Direito não devem jamais partir do conhecimento jurídico para aplicá-lo ao fato, antes seu contrário. Da mesma forma, a partir do momento que formamos a convicção sobre um acontecimento e estamos aptos a julgá-lo, estamos prontos para abandonar o neutralismo forma da processualística e admitirmos a parcialidade.” (Solidão e limbo. In.: **Revista dos Tribunais**, 660, out. 90, p. 53.)

<sup>347</sup> SOTTOMAIOR, op. cit., p. 32.

Todavia, na busca do interesse, nada obstante sua relação com a situação fática, alguns aspectos de cunho mais geral podem ser destacados, cujas fontes são variadas.

Do direito Anglo-saxão, por exemplo, vem a expressão **best interest of the child** que destaca, de forma não exaustiva, aspectos gerais que podem ser levados em conta quando da análise do interesse do filho em casos onde estejam em tela guarda, direito de visitas e adoção.<sup>348</sup> o amor e os laços afetivos entre o guardião e a criança; a habitualidade do guardião em dar à criança amor e orientação; a capacidade de prover seu sustento básico; o padrão de vida estabelecido; a saúde do guardião; o meio em que a criança vive, compreendidos pelo lar, escola, comunidade e laços religiosos; a preferência da criança se ela já tiver idade suficiente; a habilidade do guardião em encorajar a continuidade da relação da criança com o não guardião.

A legislação pátria aponta um conjunto de fatores que devem ser levados em conta quando da determinação da guarda, de cunho constitucional,<sup>349</sup> encontrados na esfera ordinária no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Constituem eles um conjunto de direitos fundamentais, que têm por objetivo de assegurar, através de todos os meios, as oportunidades e facilidades que promovam o “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade,” obrigando a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público.<sup>350</sup>

Apresentando um núcleo básico de direitos e garantias, em princípio abriga todos os aspectos necessários à Existência<sup>351</sup> das pessoas: vida, saúde, liberdade,

---

<sup>348</sup> Conforme consta na obra de Luiz Edson FACHIN, **Da paternidade**, à página 98, onde pode ser encontrada a versão no idioma original: inglês.

<sup>349</sup> Conforme disposto no artigo 227 da Constituição Federal.

<sup>350</sup> Tal é a disposição dos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>351</sup> Existência foi grafada com inicial maiúscula propositadamente, com o objetivo de indicar que os itens relacionados a seguir, se efetivados, permitem o mínimo indispensável para uma vida digna, sem agressões perpetradas pela não concretização de direitos legalmente assegurados. Não é preciso muito para se viver bem...



respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, educação, cultura, esporte e lazer, profissionalização e proteção no trabalho.<sup>352</sup>

Neste sentido, o conjunto de disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente pode ser compreendida como um padrão, a ser observado como o mínimo indispensável a ser proporcionado a um sujeito em desenvolvimento.

Concentrando as reflexões na seara do interesse do filho como critério de decisão nos casos de guarda, caso um dos pais não apresente condições de proporcionar algum destes itens enquanto que ao outro isto seja possível, o julgador deve levar isto em conta, consistindo num indicativo para a atribuição da guarda ao genitor com as melhores condições, associando este fator aos demais revelados pela situação concreta.

Não se exime a doutrina de igual tarefa, adotando uma linha exemplificativa. Maria Clara SOTTOMAIOR apresenta, inicialmente, o emprego deste critério nas situações onde os pais expõe a perigo “a vida, a saúde física ou mental dos filhos”,<sup>353</sup> ou não tem com eles uma boa convivência por falta de afeto ou compatibilidade. Em tais casos, “o interesse da criança exige que esta seja confiada à guarda do outro progenitor, em relação ao qual não se verificam estas causas de exclusão.”<sup>354</sup>

Cuida-se de uma seleção negativa, que ocorre com a “procura de aspectos a apontar fortemente contra a atribuição da guarda a um dos pais.”<sup>355</sup> Por exclusão, opta-se pelo outro guardião de modo mais breve.

Inexistentes pontos negativos, em princípio ambos os genitores estariam igualmente aptos ao papel exclusivo de guardião.<sup>356</sup> Nestas situações, a atuação do

---

<sup>352</sup> As especificações dos referidos direitos encontram-se no Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente do artigo 7º ao 69.

<sup>353</sup> SOTTOMAIOR, op. cit., p. 33.

<sup>354</sup> *Id. Ibid.*, p. 33.

<sup>355</sup> *Id. Ibid.*, p. 34.

<sup>356</sup> Maria Clara SOTTOMAIOR relaciona algumas situações em que nenhum aspecto desabonador venha a apontar, preferencialmente um dos pais, onde ambos, “ligados afetivamente à criança e igualmente capazes de cuidar dela, em que as únicas diferenças trazidas a julgamento seriam as seguintes: um dos pais é mais afectuoso e condescendente com a criança enquanto que o outro é mais frio e disciplinado; um dos pais promove mais a super-proteção da criança e o outro, por sua vez, educa os filhos em direção à autonomia pessoal; um dos pais oferece aos filhos uma vida no

juiz ganha ainda mais destaque e critérios mais específicos passam a ser observados.

Para tanto, a jurisprudência é empregada como base para a consulta, apresentando algumas tendências apontadas por Eduardo de Oliveira LEITE: “o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social. [...] Outros juizes levam em consideração a pessoa da criança, como a idade [...], o sexo [...], a irmandade [...], o apego ou a indiferença que a criança manifesta em relação a um de seus pais, ou a estabilidade da criança.”<sup>357</sup>

Partindo de fonte idêntica, Maria Clara SOTTOMAIOR examina aspectos do interesse sob três perspectivas: ligados aos pais, ligados aos filhos e outros fatores não pessoais.

Relacionados aos pais estão suas condições pessoais e características específicas, abrangendo a capacidade para satisfazer as necessidades dos filhos, o tempo que podem a eles dedicar, a saúde física e mental, o afeto demonstrado pelo filho, “o seu estilo de vida e comportamento moral, a sua religião, a sua situação financeira, a sua ocupação profissional, a estabilidade do ambiente que cada um pode facultar aos filhos, a vontade que cada um deles manifesta de manter e incentivar a relação dos filhos com o outro progenitor.”<sup>358</sup>

Quanto aos filhos, devem ser levadas em conta as necessidades básicas: “físicas, religiosas, intelectuais e materiais [...], a sua idade, sexo e grau de desenvolvimento físico e psíquico, a continuidade das relações da criança, [...] assim como os efeitos de uma eventual mudança de residência causadas por uma ruptura com este ambiente, o seu comportamento social e a preferência por ela manifestada.”<sup>359</sup>

Maria Clara SOTTOMAIOR destaca, ainda, fatores ou sub-critérios não pessoais, que levam em conta a proximidade física da morada do guardião à escola

---

campo quanto que o outro vive numa grande cidade; um proporciona à criança um ambiente de forte estímulo intelectual, dando-lhe o outro mais carinho e compreensão.” (op. cit., p. 34.).

<sup>357</sup> LEITE, op. cit., p. 197.

<sup>358</sup> SOTTOMAIOR, op. cit., p. 37.

<sup>359</sup> *Id. Ibid.*, p. 37.

freqüentada pelos filhos, as “características físicas da casa, a possibilidade de criação de um espaço próprio para a criança, o número de ocupantes da casa e condições familiares, a companhia dos outros irmãos e a assistência prestadas a um dos pais por outros membros da família, por exemplo, os avós.”<sup>360</sup>

Uma terceira fonte de elementos informadores do que possa ser interesse do filho esta conexas à riqueza da vida levada aos tribunais. Cada jurisprudência consultada, anexa ou não a este trabalho, revela nuances do interesse que, aplicada a outra situação fática, pode ou não ter relevância.

Nada obstante já tenham sido apresentados vários aspectos pela doutrina, cuja fonte é jurisprudencial, algumas situações serão destacadas para ilustrar ainda mais a principal característica deste critério, qual seja, sua aplicabilidade unicamente ao caso concreto.<sup>361</sup>

Não se tem, neste momento, a pretensão de abarcar todas as situações possíveis e, tampouco, esgotar o tema. Também não será apresentado um cansativo elenco de decisões que, lado a lado, acabem repetindo o que é, ou deveria ser, nota comum: o interesse das crianças e adolescentes, quer considerados como filhos ou não.

A opção foi entrelaçar parâmetros apresentados por Eliane Michelini MARRACCINI e Maria Antonieta Pisano MOTTA com alguns aspectos de decisões coletadas.<sup>362</sup> Justifica-se tal escolha pela importância da contribuição de profissionais de outras especialidades na determinação da guarda.

A continuidade na vida da criança é um aspecto a ser considerado. Diante de uma ruptura, o filho terá que aprender a “lidar com sua nova realidade,

---

<sup>360</sup> *Id. Ibid.*, p. 37.

<sup>361</sup> Numa dimensão mais reduzida, própria à guarda, o exame do caso concreto tem o sentido das reflexões de Carmem Lucia Silveira RAMOS: “A partir da leitura interdisciplinar do direito, portanto, a análise de cada caso concreto, na sua historicidade, é obrigatória em qualquer circunstância: há que se entender e interpretar a cultura do povo, seus valores e sua psicologia, para avaliar a pertinência da solução apontada, [...]. Trata-se de um repensar o direito no contexto de uma ordem capaz de vincular lei e realidade. Este modelo epistemológico significa, por via de consequência, que os resultados apontados jamais poderão ser únicos, devendo ser adequados, para a situação, momento e local específicos a que se dirigem, à pena de criar-se uma nova ficção, divorciada da realidade e sem condição de atender com sucesso aos reclamos daquela determinada tensão ou emergência social.” (A constitucionalização..., p. 14).

<sup>362</sup> MARRACCINI; MOTTA, op. cit., p. 353-6.

elaborando o luto pela perda da antiga vida familiar. Este é um momento psicológico delicado, onde terá de ser elaborada a reorganização da vida em família.”<sup>363</sup>

Uma vez tendo conseguido se adaptar a uma nova situação familiar, onde recebe satisfatoriamente o necessário para seu desenvolvimento, a alteração da guarda e de seu ambiente quotidiano poderá implicar numa perda desnecessária de referencial, desatendendo seu interesse muitas vezes em benefício do interesse do genitor. Assim, “O menor, de regra, deve ser mantido onde está, desde que aí se encontre bem. A troca do meio ambiente deve ser evitada o quanto possível, para não causar prejuízo psíquico à criança.”<sup>364</sup>

Entretanto, a regra não consiste em manter a guarda conforme decisão anterior, mas sim atender ao superior interesse do filho, do qual sua manutenção é resultado. Afirmar que se trata de uma *regra* implica em prejudicar uma situação onde somente o exame das provas conduz a uma decisão satisfatória.

Tal preocupação pode ser inferida em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo onde a melhor decisão para o caso concreto foi pautada no interesse do filho. Cuida-se de uma criança portadora de retardo mental, sob a guarda do pai, de quem recebe toda atenção, cuidado e carinho necessários a sua vida. A alteração da guarda pretendida pela mãe esbarrou no interesse da filha, indicado pela avaliação psicológica, que sustentou a necessidade de estabilidade e rotina. “Em suma, se A. está bem, não há interesse, nem direito que possam removê-la da sua situação irreal. Deve ela ficar como e onde está, uma vez que tem apresentado progressos.”<sup>365</sup>

Neste caso, o interesse assumiu uma feição negativa em relação à mãe: “O conflito não pode ser pela ‘posse’, mas pelo carinho; não pela presença, mas pela ausência, se necessária ao bem-estar de A.; pela abdicação do controle e da proximidade e pela renúncia.”<sup>366</sup>

---

<sup>363</sup> *Id. Ibid.* p. 354-5.

<sup>364</sup> Recurso Especial 100.200-0. (n. c.) e (n. c.). Relator: Ministro Moreira Alves. 27 de setembro de 1983. Revista dos Tribunais, São Paulo, 586, p. 234-236, ago. 1984.

<sup>365</sup> Apelação Cível 147.039-1/4, op. cit.

<sup>366</sup> Apelação Cível 147.039-1/4, op. cit.

Este aspecto negativo, de certa forma, acompanha o interesse. Registram Eliane Michelini MARRACCINI e Maria Antonieta Pisano MOTTA que “Nem sempre o que é interesse dos pais é a melhor alternativa para seus filhos.”<sup>367</sup> No mesmo sentido segue a decisão acima: “O direito é da menor. É ela que necessita que os pais abram mão de seus direitos e doem-lhe todo carinho e amor que possam ter.”<sup>368</sup>

Atender ao interesse do filho implica, não raro, em desatender ao que parece ser o interesse dos pais.<sup>369</sup> O afastamento do filho quando da ruptura é uma consequência desta, o que cria, na expressão de Eduardo de Oliveira LEITE, “a figura delicada da criança isolada, ou melhor, da criança-conflito, na medida em que este filho não usufruirá mais a identificação benéfica do pai e da mãe juntos.”.

Esta criança-conflito, na guarda, não é “objeto material, sujeito a ficar à mercê dos interesses dos adultos, não é material de experiência, que possa ser levada de uma família para outra, sem se cuidar de seus interesses e direitos.”<sup>370</sup> Ao contrário, ela é uma das interessadas,<sup>371</sup> talvez a maior delas, numa decisão que venha a atender a seus interesse, estabelecendo a guarda ao genitor mais apto a seus cuidados.

Tem-se aí outra faceta do interesse do filho a ser atendida. É irrelevante que a guarda esteja sendo disputada entre um dos genitores e terceiros, ou entre os pais. A atribuição primordial do julgador consiste em não permitir que este seja utilizado como meio de *vendetta* particular, um instrumento para a satisfação dos interesses pessoais dos adultos.<sup>372</sup>

---

<sup>367</sup> MARRACCINI; MOTTA, op. cit., p. 354.

<sup>368</sup> Apelação Cível 147.039-1/4, op. cit.

<sup>369</sup> A este propósito aduzem Eliane Michelini MARRACCINI e Maria Antonieta Pisano MOTTA que “Nem sempre o que é de interesse dos pais é a melhor alternativa para seus filhos. [...] Muitas vezes sua posição fica contaminada por problemas pessoais e por questões residuais da separação conjugal, o que desvia e obscurece a prioridade que devem dar às necessidades dos filhos.”(op. cit., p. 354.).

<sup>370</sup> Embargos Infringentes 8.780/9. (n. c.) e (n. c.). Relator: Desembargador Caio de Castro. 02 de dezembro de 1993. Revista dos Tribunais, São Paulo, 713, p. 195-200, mar. 1995.

<sup>371</sup> Por tal motivo, deve ser evitada a forma utilizada na Apelação Cível 595079146, op. cit., que se referiu ao “menor” como “objeto do pedido de guarda”.

<sup>372</sup> Tal é a preocupação presente na Apelação Cível 48.974/0: “Como está, portanto, não pode continuar, sob pena de se sacrificarem os menores, que são os destinatários da proteção legal, em favor dos pais, que estão a se servir dos filhos para agredir um ao outro.”

Tal risco é maior quando a ruptura é litigiosa acerca da guarda dos filhos,<sup>373</sup> onde existe “a possibilidade destes estarem sendo tratados como mais um bem material sobre o qual se disputa a divisão. Há a chance de os pais estarem, consciente ou inconscientemente, travando uma briga de poder e de retaliação usando como armas os próprios filhos.”<sup>374</sup>

Este problema poderia ser minorado se as decisões sobre guarda tiverem solução breve. “As crianças são seres para quem o tempo é extremamente precioso e onde a sua capacidade de espera é muito mais limitada do que para qualquer adulto.”<sup>375</sup>

Ocorre que, a decisão acerca da guarda dos filhos, sendo tratada como tema acessório ao fim da união, fica a ela atrelada, dependente de uma decisão que a julgue procedente, sob pena de não ser apreciada.<sup>376</sup> Desta maneira, corre-se o risco de contradizer todas as considerações já tecidas acerca do atendimento prioritário do interesse do filho em qualquer situação.<sup>377</sup>

A consulta à vontade do filho é outro aspecto relevante.<sup>378</sup> Se a questão da guarda é delicada, ouvir os maiores interessados pode ser um importante elemento para o juiz decidir qual seu maior interesse.<sup>379</sup>

---

<sup>373</sup> O litígio que se destaca neste trabalho se localiza na guarda, indiferente que acerca da questão patrimonial existe consenso: trata-se de outra relação jurídica.

<sup>374</sup> MARRACCINI; MOTTA, op. cit., p. 355.

<sup>375</sup> *Id. Ibid.*, p. 355.

<sup>376</sup> É o que se pode observar na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul onde, julgada improcedente a separação judicial dos pais por descaracterização do abandono do lar conjugal, a guarda não foi apreciada. Tal é a afirmação da ementa oficial: “Em ação de separação judicial, o pedido de guarda do filho menor do casal é dependente da sua procedência. Se a sentença rejeita a pretensão do autos, somente em ação própria se poderá tratar da guarda.” (Apelação Cível 33.161-9. (n. c.) e (n. c.) (Segredo de Justiça) Relator: Desembargador Josué de Oliveira. 26 de outubro de 1993. Revista dos Tribunais, São Paulo, 707. P. 133-134, set. 1994.).

<sup>377</sup> Cuida-se de um ponto que merece maior atenção na esfera processual, sob pena de não ser possível a concretização do real interesse das crianças e adolescente quando da ruptura da união de seus pais. Ademais, é preciso ter em conta que são duas relações jurídicas autônomas, cuja dependência da paterno-filial à conjugal não encontra mais respaldo no modelo jurídico constitucionalizado de família.

<sup>378</sup> Na legislação nacional, a hipótese de ouvida da criança encontra-se expressamente determinada no artigo 168 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 168. Apresentado o relatório social ou o laudo pericial, e ouvida, sempre que possível, a criança ou o adolescente, dar-se-

Eduardo de Oliveira LEITE entende que este é um “recurso extremo que só se revela necessário, quando inexistente acordo entre os pais ou se revela pouco razoável, quando o exame da situação deixa o magistrado indeciso sobre que decisão proferir.”<sup>380</sup>

Para tanto, devem estar presentes alguns aspectos, sendo que o primeiro deles é a “insuficiência quantitativa e qualitativa dos elementos processuais, capazes de convencer o juiz, ou a ausência dos mesmos, na pesquisa social”.<sup>381</sup>

Entretanto, não basta a falta de dados. A isto deve estar associada a conveniência para os filhos,<sup>382</sup> que somente será passível de exame diante das condições concretas destes, sem assumir um caráter de obrigatoriedade mas sim de prerrogativa conferida ao juiz. A idade é um dos pontos relevantes.

Não há na legislação uma idade mínima para que as crianças ou adolescentes possam ser ouvidos acerca de sua guarda.<sup>383</sup> O que se tem são

---

á vista dos autos ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, decidindo a autoridade judiciária em igual prazo.”

A participação da criança ou do adolescente nas decisões que lhe digam respeito consta também de documentos internacionais, como é o caso da Convenção sobre os Direitos da Criança, que data de 1989, assinado pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990, ratificado em 24 de setembro do mesmo ano, entrou em vigor através do Decreto 99.710/90. Cuida-se do artigo 12: “1. Os Estados Partes assegurarão à criança que for capaz de formar seus próprios pontos de vista o direito de exprimir suas opiniões livremente sobre todas as matérias atinentes à criança, levando-se devidamente em conta essas opiniões em função da idade e maturidade da criança. 2. Para esse fim, à criança será, em particular, dada a oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito, diretamente ou através de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais do direito nacional.” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos** : Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 164.).

<sup>379</sup> Registram Eliane Michelini MARRACCINI e Maria Antonieta Pisano MOTTA que “A ligação afetiva da criança com seus genitores, seja ela verbalizada ou não, é essencial na decisão sobre seu futuro guardião. A continuidade e o respeito a seus vínculos emocionais é fundamental para seu equilíbrio geral.” (op. cit., p. 355.).

<sup>380</sup> LEITE, op. cit., p. 204.

<sup>381</sup> *Id. Ibid.*, p. 206.

<sup>382</sup> *Id. Ibid.*, p. 206.

<sup>383</sup> Acerca da idade a partir da qual crianças e adolescentes podem ser ouvidos, o artigo 45, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, determina que, “Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário seu consentimento.” É a idade-limite onde a criança passa a ser adolescente, nos termos da referida Lei, no artigo 2º.

dados, obtidos a partir do desenvolvimento psicológico infantil, cujo critério base é o tempo de vida.<sup>384</sup>

Esta perspectiva, explorada por Eliane Michelini MARRACINI e Maria Antonieta Pisano MOTTA,<sup>385</sup> conduz à afirmação de que “a audiência com o jovem de mais de 13 anos deveria ser sistemática adotada, pois nessa idade geralmente ele tem condições de dizer claramente o que pensa e deseja. Seu depoimento pode ser de grande utilidade para a orientação da decisão a respeito da guarda.”<sup>386</sup>

Um terceiro aspecto é apontado por Eduardo de Oliveira LEITE: a audiência “deve ter por finalidade a mera indagação, por parte do juiz, do ambiente social, moral e afetivo, vivenciado pela criança num determinado lar, sem jamais implicar opção, ou escolha, do tipo ‘Com que pai você gostaria de ficar?’[...]”<sup>387</sup>

E prossegue o autor: “O filho nunca julga e sempre quer a presença dos dois genitores. Mas a indagação sobre o relacionamento do mesmo com seus pais pode se revelar altamente proveitosa ao juiz na determinação do interesse maior do menor. Nesse sentido, a audiência pode ser um instrumento extremamente eficaz.”<sup>388</sup>

Tal expediente foi empregado para o estabelecimento de uma guarda, cuja decisão foi objeto de Apelação Cível julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo,

---

<sup>384</sup> Conforme apresentado por Eliane Michelini MARRACINI e Maria Antonieta Pisano MOTTA, texto elaborado com o objetivo de “apresentar alguns parâmetros psicológicos que possam auxiliar os profissionais do Direito quando da atribuição da guarda de menores na separação conjugal.”(op. cit. p. 353.).

<sup>385</sup> Apontam Eliane Michelini MARRACINI e Maria Antonieta Pisano MOTTA que, do nascimento aos dois anos de idade, o filho tem forte ligação afetiva com a mãe e um rompimento nesta relação poderá causar “graves perturbações psicoemocionais futuras.”(op. cit., p. 349) Entre dois e seis anos, amplia-se a relação com a mãe e estreita-se o relacionamento com o pai, que ganha “importância maior na vida concreta e mental da criança.”(op. cit., p. 350) Nesta fase, em caso do fim da união dos genitores, a “convivência deve ser garantida por um sistema de guarda em que a criança tenha possibilidade de convívio profundo e amplo com ambos.”(op. cit., p. 350) Na fase compreendida entre sete e doze anos ocorre a denominada latência, quando torna-se menos visível a ligação afetiva com os pais, diminuindo o grau de dependência e se fortalecendo os laços de amizade. Nesta fase, se consolidam os papéis sexuais. (op. cit., p. 352) Dos treze e dezoito anos, a adolescência, é uma período de muita tensão onde ocorre a transição para a fase adulta, época em que se forma um padrão de comportamento. Se neste momento os pais estiverem separados, é preciso que entre eles exista comunicação para que se chegue a um “padrão de disciplina comum”,(op. cit., p. 352) onde as normas devem ser aplicadas de modo semelhante.

<sup>386</sup> MARRACINI; MOTTA, op. cit., p. 352.

<sup>387</sup> LEITE, op. cit., p. 206.

<sup>388</sup> *Id. Ibid.*, p. 207.



onde foi constatado que tanto o pai como a mãe tinham plenas condições de serem titulares da guarda do filho. Diante disto, o critério decisivo foi a vontade deste, expressada tanto diante do juiz, como constatada pela assistente social e pela psicóloga.<sup>389</sup>

Por conseguinte, a consulta à vontade do filho não se restringe a sua audição direta com o julgador, pois também pode ser fruto do trabalho da equipe interdisciplinar que assessora o juiz, fornecendo-lhe mais elementos que servirão de suporte para sua decisão.

A ouvida do filho consta expressamente no articolo 6º, comma 9, Legge 898/70,<sup>390</sup> do modelo italiano, desde que dois aspectos estejam conjugados: a idade do filho e a necessidade para completar o conjunto de provas.

Outro aspecto que deve ser examinado diz respeito à vinculação do papel de guardião ao papel de cônjuge. Esta encontrou respaldo legal já no texto original do Código Civil brasileiro, cuja orientação foi mantida na Lei 6.515/77.<sup>391</sup>

Contudo, sua manutenção após a promulgação da Constituição Federal ficou seriamente prejudicada pois tal expediente fere diretamente o princípio que garante a proteção à dignidade das pessoas. Ter unicamente o comportamento como cônjuge informando o papel de genitor implica em fazer um prejulgamento partindo de uma premissa que não pode ocupar tanto espaço num modelo de família

---

<sup>389</sup> Foi registrado no Acórdão expressamente que: “Dos elementos que emergiram destes autos, [...] por este ou por aquele motivo, o fato é o menor, tanto para a psicóloga como para a assistente social, assim como perante o MM. Juiz, de forma clara, uniforme e incisiva sempre demonstrou desejo de permanecer sob a guarda do varão.” (Apelação Cível 26.951.4/4-00, op. cit.).

<sup>390</sup> “9. Nell’emanare i provvedimenti relativi all’affidamento dei figli e al contributo per loro mantenimento, il giudice deve tener conto dell’accordo fra le parti: i provvedimenti possono essere diversi rispetto alle emessi dopo l’assunzione di mezzi di prova dedotti dalle parti o disposti d’ufficio dal giudice, ivi compresa, qualora sia strettamente necessario anche in considerazione della loro età, l’audizione dei figli minori.”

<sup>391</sup> A forma de decisão de guarda sugerida pela Lei 6.515/77 pode provocar uma confusão entre os papéis de cônjuge e genitor, que foi expressada em julgados que datam da década de 80, um deles apresentado somente a título de ilustração. Trata-se de Apelação Cível, julgada pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso em 1981, mas ajuizada ainda na vigência das disposições codificadas. Na Apelação um dos pontos questionados foi a omissão acerca da guarda do filho então menor. Acerca da questão, foi argumentado que o recurso cabível seria oposição de embargos de declaração mas que, diante da inexistência do mesmo, “nem por isso se irá anular a sentença, eis que o filho se encontra sob a guarda paterna havendo, ainda, expressa disposição legal no sentido de que, ‘na separação judicial (litigiosa), os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa’(art. 10 da Lei 6.515, de 26.12.1977); e, no caso dos autos, a culpa recaiu sobre a ré, que abandonou o lar. Mesmo omitindo a sentença esse pormenor, continuará, por força de lei, o menor sob o poder paterno.” (Apelação Cível 10.023, op. cit. Sem grifos no original).

que não se forma unicamente através de um vínculo e busca a valorização de seus sujeitos.

Portanto, os “problemas que levam um casal à separação não deveriam repercutir no desempenho de sua função parental. Para o papel de progenitor não há divórcio.”<sup>392</sup>

A clara separação dos papéis pode ser observada em Acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “Se a mulher não teve a pecha de mau comportamento e se é boa mãe, embora tenha falhado como esposa, ao praticar adultério, a ela deve ser conferida a guarda do filho, pois o interesse e bem-estar do menor devem ser o tribunal maior a decidir o seu destino, [...]”<sup>393</sup>

Por outro lado, se o mau comportamento como cônjuge também pode refletir negativamente como genitor, desatendendo desta forma o interesse do filho, será este fator o decisivo para o estabelecimento da guarda pois os reflexos foram sentidos na relação paterno-filial.<sup>394</sup>

Em se tratando de alteração de guarda, caso o genitor não guardião tenha reconstruído sua vida afetiva ao lado de outra pessoa, este fator deve ser levado em conta, pois a convivência filho-pai passa a ter outros sujeitos, novos irmãos, os

---

<sup>392</sup> MARRACCINI; MOTTA, op. cit., p. 353. Reafirma esta posição a Apelação Cível 87.835/4. (n. c.) e (n. c.) Relator Desembargador Francisco Figueiredo. 13 de agosto de 1992. Revista dos Tribunais, São Paulo, 694, p. 161-162, ago. 1993.

<sup>393</sup> Apelação Cível 87.835/4, op. cit.

<sup>394</sup> Em decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em litígio entre os tios e a mãe da criança, a guarda foi concedida aos primeiros. Contribuiu negativamente para a mãe o fato de ter sido denunciada criminalmente pelo homicídio do pai da criança, além da mesma apresentar conduta social incompatível com a moral média da sociedade. Diante da gravidade da situação, a fundamentação é irretocável: “A preocupação de melhor atender o interesse do menor é de tal modo relevante que deve derrogar todas as regras e inspirar o julgador em todas as decisões, diante do princípio a ser tomado na solução dos litígios sobre a guarda e manutenção dos menores.” (Embargos Infringentes 206/93-RJ. F. M. O. e M. A. R. (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Álvaro Mayrink da Costa. 21 de setembro de 1994. Revista dos Tribunais, São Paulo, 724, p. 414-417, fev. 1996.).

Nada obstante, em voto vencido o Desembargador Marlan de Moraes Marinho registra que “[...] antes da extinção ou suspensão deste pátrio poder, não se pode, sem o consentimento de seu titular, deferir a guarda do referido menor a terceiros, a não ser em casos excepcionalíssimos, que não me parece ocorrer na espécie. A alegada suspeita da autoria da morte do marido, que recai sobre a apelada, *data venia*, não é motivo suficiente para justificar tamanha violação aos direitos da mãe, a não ser que não mais prevaleça o princípio estabelecido no sentido de que todo mundo é inocente até prova em contrário.” Observa-se que o elemento informador adotado foi o “direito da mãe” e não o interesse do filho a ser assegurado, o que indica a continuidade da ótica em que a autoridade parental era um verdadeiro pátrio poder e os filhos ocupavam um silencioso e secundário papel na família.

companheiro, eventuais filhos destes. Não significa que uma nova união, quer do genitor guardião como do não guardião, vá implicar diretamente na perda ou na impossibilidade de estabelecimento da guarda. Contudo, é um ponto que deve ser objeto de um detido exame, somente possível no caso concreto, cujo resultado contribuirá para apontar a melhor solução.<sup>395</sup>

#### 4.2 O juiz e a guarda

O papel do juiz no exame do que vem a ser o real interesse do filho quando do estabelecimento de sua guarda é essencial e transcende sua atuação de aplicador do direito aos fatos. Diante da excepcionalidade da situação, compete ao julgador decidir a quem a mesma será atribuída, tendo por base o exame do caso concreto, associado aos princípios constitucionais que informam o tema.

Cuida-se de uma atuação diversa daquela que podia ser levada a efeito na solução de litígios da família codificada, onde o modelo unitário, altamente regulamentado, dava acesso ao judiciário àqueles que já tinham ingressado no “foro privilegiado do sujeito de direito”,<sup>396</sup> desempenhando papéis jurídicos previamente determinados - marido, mulher, filho legítimo -,<sup>397</sup> cujas soluções constavam em lei.

Diante da pluralidade de famílias, abrigadas na orientação de respeito à dignidade de seus sujeitos, que buscam realização, afeto, desenvolvimento pessoal,

---

<sup>395</sup> Registra o Tribunal de Justiça do Paraná, em Acórdão que manteve indeferimento de busca e apreensão de filho entregue pelo pai à tia, irmã da ex-companheira, logo após o falecimento desta: “Além da prerrogativa paterna, necessário que concorram outros pressupostos fáticos a justificar a retirada da criança no meio salutar em que vive. De outra sorte, recém-casado, a primeira experiência do menor com a madrasta - que é estéril e não pode ter filhos do autor-apelante -, não foi das melhores, visto que, por atitude comum a uma criança de 4 anos foi por ela castigado em dia que visitava a residência paterna.” (Apelação Cível 1759/86, op. cit.).

<sup>396</sup> FACHIN, Limites..., p. 38.

<sup>397</sup> O ingresso no foro privilegiado do sujeito de direito consiste em ocupar uma posição jurídica permitida, ou, pelo menos, não proibida. “Para esses, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria do direito civil; para os demais, o limbo.” (FACHIN, Limites..., p. 38). E no limbo estavam e ficavam, a título de exemplo, os filhos incestuosos que, por força do artigo 358 do Código Civil brasileiro não podiam ser reconhecidos e cuja revogação expressa somente teve lugar com a Lei 7.841, de 17 de outubro de 1989, já vigente o princípio constitucional da igualdade entre filhos. Estes, na redação original do Código Civil brasileiro, não portavam convite para o ingresso na titularidade do papel de filho, muito embora o fosse.

sua interpretação deixa de assentar exclusivamente na relação jurídica que lhe deu origem para se concentrar em seus integrantes.

O reflexo pode ser sentido na atuação judicial. A pura aplicação da lei ao caso concreto, com fins a encontrar a verdade dos autos, por vezes mais formal que material, não pode mais encontrar espaço num modelo jurídico amplo.

Neste ponto, os princípios constitucionais se apresentam como forma de solução de litígios.<sup>398</sup> A este propósito, destaca Alberto TRABUCCHI que a Constituição é a estrela polar que guiará tanto a produção legislativa como a interpretação e aplicação das leis vigentes.<sup>399</sup> Diante desta situação, cabe ao julgador integrar a lacuna e aplicar ao caso concreto as orientações contidas nos referidos princípios,<sup>400</sup> tendo prioritariamente em vista o respeito à dignidade.

A garantia da dignidade passa, inicialmente, pela análise de cada caso concreto,<sup>401</sup> observadas todas as informações prestadas pelas partes.<sup>402</sup> Ao julgador “competete examinar cada situação de fato, que determina, a partir da consideração

---

<sup>398</sup> Francisco José Ferreira MUNIZ é categórico ao afirmar que “o direito anterior contrário às disposições ou aos princípios consignados na Constituição tornou-se supervenientemente inconstitucional. A entrada em vigor da Constituição fez cessar, portanto, a vigência das normas do direito de família contrárias à Constituição.” (O direito..., p. 5).

<sup>399</sup> TRABUCCHI, **Famiglia...**, p. 168.

<sup>400</sup> Aduz Francisco José Ferreira MUNIZ que “A integração da lacuna é, portanto, tarefa do julgador na solução do caso concreto; esse a realiza segundo os critérios do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e à luz dos princípios constitucionais do direito de família.” (O direito..., p. 21). O texto integral do artigo 4º é o seguinte: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

<sup>401</sup> A relevância do exame individual do interesse do filho em cada situação foi apontada por Pontes de MIRANDA: “Se convém que o filho fique com o pai é questão de apreciação das circunstâncias. O interesse do menor prima. É de todo recomendável não se porem regras *a priori*.” (op. cit., p. 115.). No mesmo sentido Marco Aurélio S. VIANA afirma que: “Na verdade, o critério determinante da atribuição reside no **interesse dos filhos**, objeto de exame para cada caso concreto.” (op. cit., p. 292. Grifo no original.).

<sup>402</sup> Estas se apresentam no processo através de seus advogados, indispensáveis à administração da justiça, nos termos do artigo 133 da Constituição Federal. Sob tal perspectiva, os sujeitos reais que ocupam tais posições abstratas estão duplamente cobertos: são partes sem rosto, frequentemente chamadas de autor ou réu, requerente ou requerido e não pelo nome, e falam através de outrem, seu procurador. Têm voz própria na audiência, onde nem sempre precisam se expressar pois tudo o que deveria ter sido dito já o foi. O texto do artigo supra citado tem o seguinte conteúdo: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

de elementos objetivos e subjetivos, qual é o 'interesse' daquele menor, naquela dada situação fática.”<sup>403</sup>

Como resultado, não há uma solução previamente conhecida,<sup>404</sup> que possa ser deduzida unicamente do comportamento dos pais como cônjuges ou do papel que originariamente ocupavam na família codificada e, tampouco, pela exclusiva audição com o filho ou unicamente outra prova. A busca da melhor decisão passa, necessariamente, pelo conjunto probatório, compreendido pela argumentação dos pais, associada a análise dos demais elementos de que dispõe o julgador.

A este propósito, Sérgio Gischkow PEREIRA é incisivo:

Somente o exame profundo pelo Juiz, no tocante a determinado caso concreto, permitirá o decisório mais justo, porque baseado nas peculiaridades e facetas especialíssimas dos fatos *sub judice* e porque radicados em variados elementos probatórios, não faltando estudos sociais, familiares, econômicos, psiquiátricos e psicológicos, desenvolvidos por técnicos especializados que assessoram o julgador.<sup>405</sup>

Neste mister, o juiz deverá, mais que poderá, se servir de informações obtidas da pesquisa social,<sup>406</sup> realizada por uma equipe interprofissional.<sup>407</sup> A pesquisa,<sup>408</sup> que pode ser realizada por assistentes sociais e psicólogos, tem por objetivo específico “obter o maior número possível de informações sobre a situação

---

<sup>403</sup> LEITE, op. cit., p. 197.

<sup>404</sup> Num contexto mais amplo registra Fernanda Otoni de BARROS que “Não há regras, receitas... modelos ideais. Cada caso é um caso, e a forma de convivência familiar mais adequada é aquela em que aquela família particular conseguiu construir de acordo com as suas necessidades pessoais. Não existe lei que dê conta de garantir um modelo ideal, mas a lei pode e deve garantir a possibilidade da construção do modelo que satisfaz a cada família, em seu caso singular. Mas, o texto jurídico, às vezes, não sabe disto ...” (op. cit., p. 798.)

<sup>405</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. In.: **AJURIS**, Porto Alegre, n. 36, março 86, p. 57.

<sup>406</sup> Destaca Yussef Said CAHALI que “nas questões relativas à guarda, ou à destinação a ser dada a menores, quando concenciosamente elaborada por pessoa esclarecida, constitui a pesquisa social um dos mais decisivos elementos de convicção ao alcance do juiz; sua efetivação, a requerimento ou por determinação de ofício, é prática que convém ser generalizada, até tornar-se providência de rotina.” (**Divórcio...**, p. 970.).

<sup>407</sup> A denominação consta nos artigos 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>408</sup> Este expediente, utilizado para o exame das condições concretas da guarda, teve lugar em um número significativo de decisões, que podem ser encontradas no anexo de jurisprudência, das quais citam-se, a título de ilustração, as seguintes: Apelação Cível 1.759/86; Embargos Infringentes 8.780/9; Apelação Cível 595079146; Apelação Cível 48.974/0; Apelação Cível 596009381; Apelação Cível 26.951.4/4-00; Apelação Cível 35.466-0/7; Apelação Cível 91.353/3.

material e moral da família, sobre as condições em que vive e são educados os filhos e sobre as medidas que se fazem necessárias tomar no interesse deles.”<sup>409</sup>

O resultado não deve ter um caráter vinculativo pois sua função é fornecer um maior número de “elementos de apreciação” ao juiz,<sup>410</sup> de modo que ele possa “determinar qual das soluções jurídica é a menos ruim ao desenvolvimento normal da criança.”<sup>411</sup>

Observa-se a relevância da atuação de profissionais de áreas diversas, conhecedores de outros aspectos necessários para uma decisão que efetivamente possa atender ao interesse da criança,<sup>412</sup> especialmente quando a guarda se apresenta como algo que aparentemente pode ser prejudicial à criança e a realidade expressada pelos laudos demonstra o contrário.<sup>413</sup>

Paralelo à equipe interprofissional, o julgador pode utilizar a mediação como mecanismo de solução dos litígios de família. Trata-se da atuação de uma

<sup>409</sup> LEITE, op. cit., p. 203.

<sup>410</sup> *Id. Ibid.*, p. 203.

<sup>411</sup> *Id. Ibid.*, p. 204. Ratifica-se a afirmação o teor do voto do Desembargador Oto Luiz Sponholz, na Apelação Cível 1.759/86: “As exaustivas conclusões deste relatório [...] trouxeram aos autos elementos significativos para que a consciência de quem julga não pudesse ter dúvidas quanto ao melhor destino do menor e a exata solução do conflito de interesses.” (op. cit.).

<sup>412</sup> A atuação dos membros de profissionais desta equipe especializada, especialmente de assistente social e psicólogo, foi decisiva para que não lograsse êxito pedido de destituição de pátrio poder, requerido por casal que tinha sob seus cuidados criança que lhes fora entregue pela mãe, muito embora esta constantemente se fizesse presente. O objetivo era, num segundo momento, adotar aquela. Várias foram as premissas que informaram a decisão final, cuja origem são os laudos apresentados, com os seguintes teores: “Relatórios de avaliação social e psicológica demonstram que a mãe tem condições de criar a filha”; “[...] consolidou-se afinidade entre mãe e filha, com a menor manifestando desconforto com ansiedade no momento da separação da mãe”; “ansiedade e instabilidade da criança em face da indefinição dos papéis familiares”. Assentando seu voto nos aspectos acima indicados, o Desembargador Sérgio Gischkow Pereira foi ainda mais categórico: “No pertinente à guarda de menores, inegável que o grande princípio é o de resguardo do interesse dos mesmos. Não se trata de proteger os interesses dos adultos, mas, sim, os interesses do menor. É a regra das regras ou a regra que desfaz qualquer outra regra.” (Apelação Cível 596009381. O. M. L. / B. F. S. e M. B. K.. Relator: Desembargador Sérgio Gischkow Pereira. 28 de março de 1996. Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 180, p. 335-340, fev. 1997.)

<sup>413</sup> Tal é o caso descrito pelo julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que a mesma foi atribuída a um homossexual, por um prazo determinado, após avaliações psicológica e social positivas, com a expressa determinação de que o caso seja acompanhado pelo setor técnico, “com o fito de se evitar um comprometimento na educação da criança.” (p. 259) (Apelação Cível 35.466-0/7. Ministério Público e H. F. C. (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Dirceu de Mello. 31 de julho de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 747, p. 258-259, jan. 1998.).

equipe multiprofissional, que tem por função “ouvir cada personagem daquela família, detectando onde há conflito de interesses, enfocando-os com mais profundidade, para detectar a sua verdadeira causa.”<sup>414</sup>

Ela não tem por objetivo prestar assistência psicológica às partes mas sim acompanhá-las para que a melhor decisão seja tomada. Tampouco busca a modificação daquelas já tomadas ou a reconciliação do casal.<sup>415</sup> Cuida-se de um trabalho que congrega a disposição do juiz em utilizar a mediação e a disposição das partes para buscar uma solução conseqüente para o litígio. No que tange à guarda, a mediação buscaria extrair dos pais a solução adequada, bem como ao que se refere ao regime de visitas e à pensão alimentícia.<sup>416</sup>

Infere-se, portanto, o especial papel do juiz nas decisões de família. Como titular do poder de decisão, de sua atuação dependerá a qualidade da guarda a ser julgada.<sup>417</sup> Uma solução que atenda ao interesse do filho, em maior ou menor escala, dependerá primordialmente do exame dos elementos do caso em tela, decorrente de informação prestadas pelos pais e outras, fornecidas pelos serviços auxiliares.<sup>418</sup>

Tendo sempre em conta que por detrás das partes existem pessoas que apresentam uma combinação de características singular, o juiz, que também é uma

---

<sup>414</sup> BARBOSA, Águida Arruda. O direito de família e a mediação familiar. In.: **Direito de família e ciências humanas**, Caderno de estudos n.º 1. São Paulo : Jurídica Brasileira, 1997. p. 26. Sobre o tema ver também a obra citada de Fernanda Otoni de BARROS.

<sup>415</sup> BARBOSA, op. cit., p. 26.

<sup>416</sup> Registra Águida Arruda BARBOSA que, ao final do processo de mediação, é realizada uma reunião entre o juiz, os advogados, o mediador e o conselho conjugal e familiar onde se analisam as verdadeiras causas do litígio, “o interesse da criança, a definição da responsabilidade parental, através de uma presença qualitativa, e, finalmente, analisa-se a presença decodificada dos valores simbólicos do dinheiro e das obrigações.” (op. cit., p. 29).

<sup>417</sup> Aduz Lourival de Jesus Serejo SOUSA que “As decisões de um juiz de família geram conseqüências muitas vezes irreversíveis, atingem o ser humano em seu núcleo de formação. [...] uma decisão num processo de separação judicial ou divórcio produzirá efeitos entre as partes e terceiros (filhos e familiares) que ser protrairão no tempo, indefinidamente, com seqüelas imprevisíveis.” (O tormento dos juizes de família. **Revista dos Tribunais**, 685, nov. 92, p. 262.).

<sup>418</sup> Caetano LAGRASTA NETO, a este propósito, alerta que a solução para as questões familiares não está em transpô-las do jurídico para o psicológico: “O juiz pode ser assessorado por assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras, etc., mas a sociedade não pode esperar que ele - juiz - delegue a função primordial de julgar a outro membro de qualquer outra especialização.” (op. cit., p. 55).

delas, será um dos responsáveis, mesmo que indireto, pelo crescimento sadio e completo desses sujeitos em formação, que tem seus destinos decididos através do estabelecimento da guarda.

#### 4.3 Breve exame das possibilidades de guarda diante do interesse do filho<sup>419</sup>

Como consequência da atuação judicial sobre o caso concreto, examinados todos os aspectos a ele atinentes, fornecidos pelas partes, pela equipe interprofissional e pela audição dos filhos, lhe será dada uma decisão singular, própria somente para aquela situação, que não pode servir como pré-modelo para outras, mas sim como fonte de argumentação em casos que apresentem pontos semelhantes.

Em linhas gerais, o juiz pode atuar de duas forma básicas: homologando um acordo ou decidindo um litígio. Em ambos os casos, o que se busca é atender ao interesse do filho de tal sorte que, se o acordo entre os genitores não for satisfatório, sua homologação poderá ser obstada.

Cabendo ao juiz a decisão, é preciso ter ele em conta que o que está em julgamento são as pessoas e não as instituições maternidade e paternidade.<sup>420</sup> Ademais, as “questões relativas à separação do casal, muitas vezes não guardam nenhuma relação com a capacidade de qualquer dos genitores em deter a guarda de seus filhos. Sendo assim, o que deve efetivamente ter a prioridade na atribuição da guarda, são as necessidades e interesses dos menores.”<sup>421</sup>

As hipóteses possíveis passam por quatro linhas mestras, todas pautadas principalmente no interesse dos filhos, razão pela qual são apontadas a título de ilustração, sem o objetivo de defender esta ou aquela.

Quando atribuída unicamente a um dos genitores, a guarda é denominada de unilateral e pode ter como destinatários tanto o pai como a mãe, dependendo do

---

<sup>419</sup> O objetivo deste trabalho é buscar um conteúdo para o sentido da guarda, razão pela qual as formas pelas quais ela pode se apresentar são tratadas com profundidade média.

<sup>420</sup> Julgavam-se as instituições na família codificada, onde os papéis tinham um conteúdo vinculante e a maternidade destacava-se no cuidado com os filhos.

<sup>421</sup> MARRACCINI; MOTTA, op. cit., p. 354.



que os elementos da situação concreta revelarem. Como observa Milagros García PASTOR:<sup>422</sup>

Es la fórmula más obvia, teniendo en cuenta que se trata de decidir com quién va a vivir el menor cuando sus padres no viven juntos. Es por lo tanto la fórmula que antes surgió históricamente. Es además la modalidad más generalizada, la que habitualmente se pide por las partes, se establece por el juez o en convenio y sobre la que se disputa cuando disputa sobre la guarda hay.

Entretanto, a decisão não pode ser tomada tendo em conta unicamente o sexo do genitor. Caso o fosse, poderia refletir uma continuidade dos parâmetros próprios da família codificada, onde o conteúdo dos papéis não é objeto de discussão.

O cuidado não é exagerado, especialmente quando se encontra decisão posterior à Constituição Federal de 1988 onde, diante da condição de igualdade entre os genitores, o sexo é o fator determinante: “E, como não se fez restrição válida ao comportamento das partes, não tenho dúvida em afirmar que os filhos menores sempre ficam melhor sob a guarda da mãe, por razões que independem de maiores justificativas.”<sup>423</sup>

Tal é a preocupação revelada por Eduardo de Oliveira LEITE, para quem “O perigo maior continua residindo nos preconceitos decorrentes do sexo, sempre negativos em relação ao homem, quando se trata de guarda. A referência ao papel tradicional da mãe ‘naturalmente’ boa, [...] continua exercendo um fascínio sobre os julgadores, que não conseguem se desembaraçar de uma tradição, hoje, contestada a nível fático.”<sup>424</sup>

---

<sup>422</sup> PASTOR, Milagros García. **La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven** : Aspectos personales. Madrid : McGraw-Hill, 1997. p. 96.

<sup>423</sup> Apelação Cível 48.974/0, op. cit.. Sem grifo no original.

<sup>424</sup> LEITE, op. cit., p. 200. E reforça o autor: “[...] se até então, o pai natural, ou divorciado, se abstinha de ingerência na guarda e educação dos filhos, limitando-se ao papel secundário que lhe havia sido reservado pela lei, [...] a mudança de conduta mais recente revelou a ocorrência de um novo perfil paterno, até então insuspeitável: numerosos pais não mais se sujeitam a uma posição ‘lateral’, após a ruptura da união, e reivindicam a participação na educação de seus filhos, independente das previsões legais.” (p. 189.).

Na mesma linha de raciocínio, Sérgio Eduardo NICK,<sup>425</sup> tecendo comentário acerca da preferência materna, aduz que uma das conseqüências “é o afastamento do pai, fruto de uma ideologia muito difundida desde o início deste século e ainda muito influente em nosso meio: a de que a mãe é a figura parental mais importante para a criança.”<sup>426</sup> Isto pode provocar, em inúmeros casos, o prolongamento da dissolução do casal para a relação pai-filhos.

Ademais, a opção entre um ou outro cônjuge, especialmente se houver um litígio e a solução for tomada através da pura aplicação da lei, pode provocar naquele não escolhido a sensação de derrota. Entretanto, “Não há progenitor perdedor, quando foi a criança quem ganhou, recebendo a melhor solução de guarda para ela.”<sup>427</sup>

Caso a guarda seja conferida a ambos os genitores, mesmo diante do fim da união dos mesmos, tem-se a guarda conjunta<sup>428</sup> ou compartilhada.<sup>429</sup> Nesta hipótese ocorre um prolongamento do exercício conjunto da autoridade parental, ao contrário da atribuição exclusiva verificada na hipótese anterior.

Seu conteúdo transcende a questão da localização espacial do filho pois onde ele irá ficar é somente um dos aspectos. A guarda compartilhada implica em

<sup>425</sup> NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada : Um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In.: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família** : Problemas e perspectivas. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 131.

<sup>426</sup> E Sérgio Eduardo NICK continua, alertando: “É curioso constatar que tal não era a prática até o final do século XIX: era atributo do pai deter a guarda e o pátrio poder de seus filhos, e a mulher se submetia às suas determinações.” (op. cit., p. 131) No mesmo sentido, Elizabeth BADINTER questiona a transformação da mãe indiferente do século XVIII para a amorosa dos séculos XIX e XX. (BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado** : O mito do amor materno. 8. ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1985.)

<sup>427</sup> MARRACCINI; MOTTA, op. cit., p. 357.

<sup>428</sup> Esta expressão é empregada por Sérgio Gisckow PEREIRA, A guarda...; e por Eduardo de Oliveira LEITE, op. cit.

<sup>429</sup> Massimo BIANCA, em comentário a esta modalidade de guarda prevista na legislação italiana, no artigo 6º, comma 2, Legge 898/70 registra que: “L’affidamento congiunto comporta che entrambi i genitori sono tenuti all’assistenza diretta della prole e, di regola hanno l’eguale esercizio della potestà. (A guarda conjunta permite e implica em que ambos os genitores possam prestar assistência direta à prole e, em regra têm o idêntico exercício da potestà.)” (op. cit., p. 385.) E prossegue afirmando que “Questo riconoscimento esprime una sicura, diffusa tendenza evolutiva, volta a superare l’idea che il minore debba essere affidato ad uno solo dei genitori. (Este reconhecimento exprime uma segura, difusa tendência evolutiva, voltada para o sentido de superar a idéia que o menor deva ser colocado sob a guarda de um só dos genitores.)” (op. cit., p. 386.).

outros igualmente relevantes. São os cuidados diretos com os filhos, o acompanhamento escolar, o crescimento, a formação da personalidade, bem como a responsabilidade conjunta. Pai e mãe deverão existir como referenciais, embora possam estar morando em casas diferentes.<sup>430</sup>

Neste sentido aduz Sérgio Eduardo NICK: “Aí não importa tanto quem é que vai morar com a criança, o destaque vai para os filhos, e aquilo que é melhor para eles: ter ambos os pais interessados em seu bem-estar, sua educação, sua saúde, e seu desenvolvimento como um todo.”<sup>431</sup>

Esta forma de guarda somente é possível com a observação de alguns requisitos:

1. que seja determinada consensualmente: os pais devem concordar com esta forma de guarda, bem como o modo pelo qual ela será implementada.<sup>432</sup>

2. que o estabelecimento não venha prejudicar o desenvolvimento dos filhos, motivo pelo qual é necessário que seja feita uma avaliação psico-social profunda para formar a convicção do juiz;

3. que tal modalidade não seja tomada como regra geral por dois motivos: a) em direito de família, cada caso é um caso e exige uma decisão baseada em dados concretos; b) a criação de fórmulas prontas para solução de litígios é incompatível com o principal princípio orientador do direito de família: a dignidade da pessoa humana, valorizada dentro de uma perspectiva de repersonalização das relações de família.

Se na guarda for estabelecido que o filho irá conviver um determinado período com o pai e outro com a mãe, sem que seja necessária decisão judicial

---

<sup>430</sup> Acerca disto, destaca Massimo BIANCA que “L'affidamento esclusivo mortifica questa esigenza del minore in quanto si tratta di una formula che emargina uno dei genitori (di solito il padre) penalizzando la sua presenza e riducendo il suo ufficio ad un ruolo secondario ed esterno di vigilanza. (A guarda esclusiva mortifica esta necessidade do menor uma vez que se trata de uma fórmula que coloca à margem um dos genitores, (habitualmente o pai) penalizando sua presença e reduzindo sua atribuição a um papel secundário e externo de vigilância.)” (op. cit., p. 386).

<sup>431</sup> NICK, op. cit., p.137.

<sup>432</sup> A ausência de litígio diz respeito ao estabelecimento da guarda, o que não obsta a existência de litígio sobre a divisão patrimonial ou estabelecimento de alimentos para o cônjuge. Ao julgador cabe tomar providências para que os filhos não sejam usados para atingir os objetivos dos pais.

alterando-a expressamente, a hipótese em tela é a guarda alternada, de quem empresta os requisitos de concessão. Na prática, o filho terá duas casas e dois núcleos familiares. Nesta modalidade, pontos positivos e negativos podem ser destacados.

A possibilidade que tem o filho de continuar convivendo com ambos os pais, mesmo que de forma alternada, bem como o igualitário exercício da autoridade parental é um dos principais argumentos. A este propósito, Massimo BIANCA destaca que não se trata de uma guarda pendular, que implica na constante passagem do filho de um genitor ao outro mas, ao contrário, da possibilidade de construção de relações pessoais do filho com ambos, respeitando um ritmo de vida normal.

Milagros García PASTOR destaca outros dois aspectos: “[...] la presencia del niño en los dos núcleos familiares hace imposible su instrumentalización y la denigración del progenitor ausente” bem como o fato dos filhos poderem continuar “disfrutando del clima pedagógico paterno y materno, y continuar identificándose com lo que de positivo tiene cada uno de los progenitores.”<sup>433</sup>

Todavia, fortes argumentos contrários também podem ser encontrados. A constante troca de casa seria prejudicial ao equilíbrio do filho, impedindo que ele tenha a necessária estabilidade para seu completo desenvolvimento, o que leva Milagros García PASTOR, tecendo comentários sobre a doutrina francesa e italiana, registrar que ambas consideram que “la guarda alternada es siempre contraria al interés del menor, porque no satisface una de las principales necesidades del niño, que es la estabilidad.”<sup>434</sup>

Outra objeção leva em conta dois momentos distintos da vida: quando muito pequenos, a necessidade de constante adaptação a dois modos de vida diferentes pode causar confusão e falta de referenciais ao filho. E, quando maiores, o adolescente poderia utilizar o recurso de trocar de casa diante de qualquer contrariedade, não aprendendo, desta forma, a tolerar frustrações.<sup>435</sup>

---

<sup>433</sup> PASTOR, op. cit., p. 99.

<sup>434</sup> *Id. Ibid.* p. 99.

<sup>435</sup> *Id. Ibid.*, p. 99.

Novamente a análise da situação concreta se apresenta como a melhor forma de buscar o que vem a ser o real interesse do filho, bem como se a constante alternância de casa e genitor guardião não será mais nociva do que benéfica.<sup>436</sup>

Entretanto, se o juiz entender que nem o pai e nem a mãe estão aptos para prestar os cuidados diretos ao filho, o mesmo poderá ser colocado sob a guarda de um terceiro, parente ou não.<sup>437</sup> Esta solução terá sempre caráter excepcional, somente aceitável se abrigada na concretização do interesse do filho.

Um último aspecto relacionado à guarda e ao interesse que ela deve atender diz respeito à sentença propriamente dita, que reforça ser o interesse de uma criança ou um adolescente, inserido ou não numa família, um elemento mutável, característica que é respeitada processualmente.

#### 4.4 Reflexão acerca da decisão que estabelece a guarda

Conforme as reflexões levadas a efeito no curso deste trabalho, o estabelecimento da guarda de filhos deve ter em conta a busca da decisão que melhor atenda seus interesses. Cuida-se de uma situação que se prolonga no tempo pois o exercício da autoridade parental só cessará naturalmente com o fim da mesma.

---

<sup>436</sup> O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em decisão onde reexaminou um caso de guarda alternada, decidiu que “É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda dos pais, separados, durante a semana, alternadamente; [...]” Um dos fundamentos apresentados assenta em laudo psicológico: “Não há constância de moradia, a formação de hábitos deixa muito a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se a do meio familiar paterno ou materno. A discordância constante entre os pais deixa-os tensos, ansiosos e depressivos. Na área escolar estão se desorganizando rapidamente. Se esta situação perdurar, as consequências psicológicas para as crianças se agravarão. Desta forma elas estarão percebendo o mundo adulto que os cuida e decide seus destinos como monstros com os quais se identificarão.” (Apelação Cível 33.161-9, op. cit.)

<sup>437</sup> Registra Patrizia UBALDI que: “Tuttavia, rispetto ad un congiunto non idoneo, è da ritenersi da preferire un estraneo, se questo è effettivamente in grado di soprire alle carenze dei genitori, fornendo al minore, specie in tenera età le *standard* di cure e di educazione di cui lo stesso ha necessità. (Todavia, com relação a um casal não idôneo, deve se preferir um estranho, se este tem efetivamente condições de suprir as carências dos genitores, fornecendo ao menor, especialmente aos de pouca idade, o básico dos cuidados e de educação que o mesmo necessita.)” (UBALDI, Patrizia. Art. 6º. **Commentario al diritto italiano della famiglia**. Padova : CEDAM, 1993. p. 409).

Assim sendo, se os pressupostos e as condições existentes no momento do estabelecimento da guarda persistirem, a decisão deve ser mantida. Entretanto, se no decorrer do tempo, a situação concreta vier a desatender o interesse do filho ou não mais corresponder à decisão judicial, embora atenda aos mesmos, abre-se a possibilidade de sua modificação, com fulcro no que deve ser o principal critério autorizador e fiscalizador da guarda: o próprio e referido interesse.

Esta possibilidade de alteração da decisão acerca da guarda é examinada por parte da doutrina que cuidou do instituto.<sup>438</sup> Caio Mário da Silva PEREIRA, a este propósito, aduz que “a todo tempo é lícito ao juiz modificar o que fora deliberado em relação aos filhos (guarda, contribuição alimentar, etc.)” nas sentenças de separação judicial pois estas, embora transitem em julgado, não produzem coisa julgada absoluta.<sup>439</sup> Em linhas gerais, acompanha-o Arnaldo WALD.<sup>440</sup>

Semelhante posição é encontrada na obra de Silvio RODRIGUES para quem, tendo no interesse dos filhos o objeto de tutela, “tanto a sentença que fixa a guarda, como a que homologa o acordo, não fazem coisa julgada, podendo ser modificadas, a qualquer tempo, se assim ditar o interesse dos menores.”<sup>441</sup> Compartilham deste entendimento J. Franklin Alves FELIPE<sup>442</sup> e Edgard de Moura BITTENCOURT.<sup>443</sup>

---

<sup>438</sup> Sobre este aspecto, uma ressalva é necessária. Este não é um trabalho que cuida da questão processual da guarda mas sim do instituto propriamente dito, razão pela qual o viés da possibilidade de modificação da decisão, bem como seu limite, será examinado como tópico complementar do tema.

<sup>439</sup> PEREIRA, Caio. **Instituições de direito civil** : Direito de família. 11 ed. rev. atual. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v. 5. p. 157.

<sup>440</sup> Regista Arnaldo WALD: “A sentença que homologa a separação por mútuo consentimento não transita em julgado na parte referente à guarda e sustento dos filhos, nem tampouco no tocante à pensão alimentícia devida a mulher. [...] Quanto à guarda dos filhos, em qualquer tempo poderá ser objeto de nova regulamentação pelo juiz, desde que melhor atenda aos interesses dos menores ou haja mudança das circunstâncias que ensejaram o acordo.” (WALD, op. cit. p. 127.).

<sup>441</sup> RODRIGUES, **O divórcio...** p. 106.

<sup>442</sup> Aduz J. Franklin Alves FELIPE que “A decisão sobre guarda, decorrente de separação judicial, não transita materialmente em julgado, senão em caráter formal, podendo ser objeto de revisão, através de ação própria.” (op. cit., p. 32.).

Em Mandado de Segurança que versava sobre interesse de criança ou adolescente julgado pelo Supremo Tribunal Federal, adotando parecer da Procuradoria Geral da República, em sentido semelhante encontra-se a afirmação de que a: “sentença que dispõe sobre a guarda de filhos em processo de separação consensual não faz coisa julgada em sentido material, podendo assim ser revista de acordo com a superveniência de fatos que recomendem o poder cautelar do Juiz [...]”<sup>444</sup>

Esta posição é compartilhada por Vicente GRECO FILHO, para quem as sentenças relativas à guarda de filhos são um exemplo de sentenças determinativas, posto que decidem algumas questões de “ordem pública em que o juiz integra com sua vontade a vontade concreta da lei (nas sentenças em geral o juiz apenas aplica a vontade concreta da lei.)”, e se incluem dentre aquelas que não fazem coisa julgada material.<sup>445</sup>

Acerca das exposições, destaca-se um aspecto: a afirmação de relatividade ou inexistência de coisa julgada nas decisões de guarda. Para melhor examinar este ponto, são necessárias algumas considerações preliminares.

As decisões judiciais, uma vez transitadas em julgado, constituem coisa julgada formal, compreendida esta como a “imutabilidade da decisão dentro do mesmo processo por falta de meio de impugnação possíveis, recursos ordinários ou extraordinários.”<sup>446</sup> Tal qualidade da sentença<sup>447</sup> implica na impossibilidade de sua modificação na mesma relação jurídica processual.

---

<sup>443</sup> Para Edgard de Moura BITTENCOURT, “A modificação da guarda dos filhos terá lugar tantas vezes quantas sejam necessárias, sem que com isso se possa falar em coisa julgada.”(op. cit., p. 94.).

<sup>444</sup> Recursos em Mandado de Segurança 6.395-SP, op. cit., p. 173. Entretanto, o fundamento inicial colacionado é da guarda como relação jurídica continuativa, nos termos do artigo 471, I, do Código de Processo Civil.

<sup>445</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 1986. p. 232.

<sup>446</sup> GRECO FILHO, op. cit., p. 232.

<sup>447</sup> Neste sentido ensina Ovídio Araujo Batista da SILVA que a coisa julgada é a maneira ou qualidade da sentença pela qual os efeitos declaratório, constitutivo, executório, condenatório ou mandamental se manifestam. (**Curso de processo civil** : Processo de conhecimento. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1987. p. 417.)

A esta liga-se a coisa julgada material. Trata-se da “imutabilidade dos efeitos que se projetam fora do processo (torna-se lei entre as partes) e que impede que nova demanda seja proposta sobre a mesma lide.”<sup>448</sup>

Ambas espécies de coisa julgada têm como local de origem a sentença: a formal liga-se à definitividade daquela decisão naquele processo e a material à impossibilidade de rediscussão da mesma lide em processo diverso.

A sentença, nos termos do artigo 458 do Código de Processo Civil,<sup>449</sup> pode ser dividida em três partes, sendo que a imutabilidade da coisa julgada incide somente sobre a dispositiva, que “corresponde a aplicação da lei ao fato, [...] o comando estatal, emitido pelo juiz, que define a controvérsia entre as partes.”<sup>450</sup>

Exigência, para tanto, é que a sentença seja de mérito,<sup>451</sup> onde o juiz, examinando o caso concreto, tenha proferido uma decisão que resolva o litígio a ele apresentado ou tenha homologado acordo entre as partes, que será definitivo após o trânsito em julgado.

As decisões acerca da guarda, nada obstante as posições apresentadas, em princípio, não constituem exceção à regra. Uma vez prolatadas, ausente recurso, ou tendo esta decisão final, fazem coisa julgada formal e material.

Entretanto, a relação jurídica decorrente da guarda, a exemplo daquela de caráter alimentício, enquadra-se na modalidade de relação jurídica continuativa, ou de trato sucessivo, pois se “projetam para o futuro e perduram após a sentença.”<sup>452</sup>

---

<sup>448</sup> GRECO FILHO, op. cit., p. 232.

<sup>449</sup> “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá o nome das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.”

<sup>450</sup> ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro : Aide, 1991. p. 247.

<sup>451</sup> Salvo hipótese do artigo 267, V, do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada.”

<sup>452</sup> PIMENTEL, Wellington Moreira. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975. v. 3. p. 571. No mesmo sentido: SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. São Paulo : Saraiva, 1985-1986. p. 212.



Estas relações jurídicas “projetam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos qualitativos e quantitativos, de modo que a incidência [...] não é instantânea”<sup>453</sup> como a exemplo do que ocorre na transmissão da propriedade ou na sucessão *causa mortis*.

Tal característica coloca-as numa situação particular, prevista no artigo 471, *caput* e inciso I do Código de Processo Civil.<sup>454</sup> Cuida-se da possibilidade de revisão e modificação de decisão que verse sobre uma relação jurídica continuativa, diante de posterior alteração dos fatos que a informaram.

Isto porque, justifica Moacir Amaral SANTOS, esta sentença atende aos “pressupostos do tempo em que foi proferida, sem, entretanto, extinguir a relação jurídica, que continua sujeita a variações dos seus elementos constitutivos.”<sup>455</sup>

Com efeito, o que possibilita a modificação da decisão é a relação jurídica de direito material,<sup>456</sup> “que determina a qualidade de suas regras, de modo que a coisa julgada formal ou material não é ofendida por essa mutabilidade.”<sup>457</sup> Ademais, a coisa julgada material, registra Pontes de MIRANDA, a supõe “porque é dentro da natureza da regra de direito material que ela se deve conter”<sup>458</sup> e o instituto da guarda enquadra-se nesta hipótese.<sup>459</sup>

---

<sup>453</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3 ed. rev. aum. Rio de Janeiro : Forense, 1997. Tomo V. p. 147.

<sup>454</sup> “Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;”

<sup>455</sup> Nestes casos, conclui Moacir Amaral SANTOS, “a lei [...] admite a revisão da sentença, embora transitada em julgado, por haver sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito.” (**Primeiras linhas de direito processual civil**. 16. ed. rev. atual. São Paulo : Saraiva, 1997. v. 3. p. 55.).

<sup>456</sup> Direito material, neste contexto, toma emprestado o sentido dado por Manoel A. Domingues de ANDRADE: “Direito *material*, por oposição ao processo civil [...], que é *instrumental*. Aquele entra na *matéria* dos conflitos de interesses a solucionar pelo Direito; [...]. Este regula o *modus faciendi* a observar nos tribunais para a aplicação das normas de direito material. [...]” (op. cit., p. 8.).

<sup>457</sup> MIRANDA, **Comentários...**, p. 147.

<sup>458</sup> *Id. Ibid.*, p. 147.

<sup>459</sup> Neste sentido aduz Sérgio Gischkow PEREIRA que “Outro princípio do direito brasileiro, que denota e conota a preocupação máxima pelo bem esta do menor, diz com a possibilidade de modificação, a qualquer instante, de deliberação sentencial em torno da guarda de

Desta forma, se as condições do caso concreto indicam que não houve qualquer alteração com relação ao momento da decisão anterior, não há que se aventar a possibilidade de revisão, uma vez que os fatos que fundamentam o relatório da sentença são idênticos. Ao contrário, se algum aspecto alterou-se, a revisão é possível, o que não significa necessariamente, que seja apta a modificar a decisão anterior.<sup>460</sup>

Para que a revisão torne-se possível, neste caso, a situação concreta deve ter sido alterada ou que seja demonstrado, de forma inequívoca, que a decisão não atenda ao interesse do filho.<sup>461</sup> Mas para que o pedido de alteração da guarda seja procedente, é preciso que reste demonstrado que a mesma vá atender ao interesse do filho, que não o está sendo de forma satisfatória na situação em que se encontra.<sup>462</sup>

Não há, nesta situação, ausência de coisa julgada e sim a possibilidade de modificação através de uma revisão,<sup>463</sup> pois as sentenças incidem sobre situações diversas: num momento a existência do interesse do filho e noutro sua ausência, ou vice-versa.

Esta não é, segundo José Carlos Barbosa MOREIRA, uma exceção à regra da imutabilidade “mas reflete, ao contrário, aplicação normal dos princípios, o

---

menores, desde que surjam fatos novos indicativo de que não mais deva aquele permanecer sob a guarda da pessoa com quem está.” (A guarda..., p. 58.).

<sup>460</sup> Neste sentido ensina Pontes de MIRANDA: “Segundo o artigo 471, I, quando o juiz tiver decidido sobre determinada relação jurídica continuativa e as partes pedirem a revisão por se haver modificado o estado de fato [...], pode o juiz reexaminar a questão. Entenda-se: no que é modificável.” (**Comentários**..., p. 148.).

<sup>461</sup> Conforme Apelação Cível 48.974/0, op. cit.

<sup>462</sup> Tal foi a posição adotada pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, em Apelação Cível n.º 364/89, ajuizada contra sentença proferida em Ação de Busca e Apreensão: “Resta ficar no exame do que no momento melhor se oferece aos menores e ainda, segundo a prova testemunhal estão eles, na companhia do pai, devidamente amparados sob todos os aspectos e já faz tempo, não sendo aconselhável possível mudança, quando perfeita se apresenta a adaptação à companhia paterna. Na disputa dos filhos, acima da vontade da mãe ou do pai, sempre deve ser observado o bem-estar deles e se estão bem na companhia paterna, nada autoriza que seja alterada a guarda, sob pena de causar um mal maior, do que a própria separação do casal.” (Apelação Cível 364/89. A. A. M. P. O. e R. D. O.. Relator: Desembargador Luiz Perroti. 30 de outubro de 1990. Diário de Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, 3288, 22 de novembro de 1990. Sem grifo no original.).

<sup>463</sup> Revisão que, neste caso, é prevista no artigo 471 do Código de Processo Civil e não se confunde com a possibilidade de modificação da coisa julgada material através de Ação Rescisória.

fato de abrir-se a qualquer das partes, modificados os pressupostos, oportunidade para pedir a formulação de outra norma jurídica concreta, ajustável à nova situação.”<sup>464</sup>

Semelhante é a posição de Pontes de MIRANDA, que não detecta em tal situação “exceção ou atenuação à força material da coisa julgada; nem caso especial de sentença. Há, apenas, caso especial de regra de direito material.”<sup>465</sup>

Por conseguinte, é possível inferir que, em se entendendo que a sentença que tenha estabelecido a guarda não faz coisa julgada, a qualquer tempo poderia ser ajuizada nova ação ordinária na busca de outra decisão, mesmo que não tenha acontecido nenhuma alteração concreta, pois lhe falta a qualidade de imutável.

Entretanto, tendo em conta os argumentos expostos, é possível afirmar a existência de coisa julgada material nas mesmas,<sup>466</sup> aberta a possibilidade de requerer em juízo a modificação da decisão anterior se as condições concretas sobre as quais assentava se alteraram.

Desta forma, tendo-se em conta que as decisões acerca da guarda devem atender primordialmente o interesse do filho,<sup>467</sup> que poderá passar por modificações em seu curso, é de se compreender que, em princípio, todos os aspectos da

---

<sup>464</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In.: **Temas de direito processual** : Terceira série. São Paulo : Saraiva, 1984. p. 111.

<sup>465</sup> MIRANDA, **Comentários...**, p. 147. No mesmo sentido Wellington Moreira PIMENTEL, op. cit., p. 570 e seguintes; Ernane Fidelis dos SANTOS, op. cit., p. 212 e Moacir Amaral SANTOS, op. cit., p. 55 e seguintes.

<sup>466</sup> E a existência de uma sentença trânsito em julgado não constitui óbice para nova ação “se o superior interesse do menor está a exigir a revisão da matéria. A coisa julgada, em tais hipóteses, não é ofendida, em razão da natureza continuativa da regulamentação da guarda, que não possui caráter definitivo e irrevogável.” (Apelação Cível 91.353/3. J. J. S. F. / L. G. T. S. e A Justiça (Segredo de Justiça). Relator: Aluizio Quintão. 28 de agosto de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 749, p. 381-382, mar. 1998.).

<sup>467</sup> Este é o mesmo princípio que informa o caráter provisório da guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 35, nos seguintes termos: “A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.” A provisoriedade da guarda, cuja continuidade está condicionada ao prioritário atendimento do interesse daquele que nela se abriga, foi destacada como um dos fundamentos da Apelação Cível n.º 35.466-0/7, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que confirmou o deferimento de guarda a homossexual, nos seguintes termos: “Era, efetivamente, a melhor solução, ficando registrado - em atenção à legítima preocupação da douta Promotora de Justiça - que a guarda é medida provisória, podendo ser revogada a qualquer tempo ante a constatação de perigo para a formação da personalidade da criança.” (op. cit.).

situação específica foram examinadas e contempladas em sentença,<sup>468</sup> e seu conteúdo traz o que é o melhor para o filho naquele momento, dentro da convicção do juiz.

Esta situação deverá ser conservada até o fim da guarda, salvo se restar demonstrado, em sede de revisão, que as condições da guarda passaram por modificações que apontem para a necessidade de nova decisão, mantendo-a ou alterando-a.

Partindo destes aspectos examinados, cujo interesse do filho ganhou destaque especial, observa-se que o mesmo não é compatível com a inflexibilidade dos papéis familiares determinados pela família codificada. Além de examiná-lo, o julgador deverá ter em conta as aptidões pessoais dos genitores, independente de se tratar do pai ou da mãe, posto que estes, como sujeitos da mesma família, também tiveram suas situações valorizadas. Localiza-se neste ponto outra significativa transformação no modelo jurídico de família, cujos reflexos podem ser sentidos na guarda.

---

<sup>468</sup> Se a parte a quem foi denegada a guarda não se conformar, deve recorrer ao Juízo *ad quem*, visando reformar a sentença e não pedindo sua revisão.

## CAPÍTULO 4

### AS TRANSFORMAÇÕES DOS PAPÉIS JURÍDICOS FAMILIAIS

Os papéis desempenhados pelos atores, quer no primeiro ato, quer no segundo, são uma das nuances relevantes ao exame da guarda de filhos. O estabelecimento da guarda, tendo como parâmetro a legislação ordinária vigente, especialmente as disposições da Lei 6.515/77, se feito de forma mecânica, pode indicar que atende e se relaciona ao modelo codificado de família, na qual o preenchimento e desempenho dos papéis dos sujeitos segue orientação legal.

Tal família, de cunho desigualitário, foi fortalecida, durante este século pelo tratamento jurídico, quando assentados nos valores consagrados pelo diploma legal civil.<sup>469</sup>

Porém, o passar do tempo trouxe consigo outras formas de viver e de pensar.<sup>470</sup> “Aquilo que era ‘certo’ há uns anos atrás hoje é errado e é por isso que as leis mudam, a jurisprudência muda e tudo muda em razão da evolução, seja ela de caráter humano, seja ela de caráter natural.”<sup>471</sup>

---

<sup>469</sup> Exemplos podem ser identificados pelas posições adotadas em defesa do grupo familiar em maior grau que seus sujeitos; no tratamento desigualitário entre os cônjuges, assentado no fator sexo; ou ainda na aplicação da legislação, elaborada para a família codificada, no modelo constitucionalizado, tópicos que, neste trabalho, passam por uma releitura crítica, assentada em base constitucional.

<sup>470</sup> Milton SANTOS alerta para a importância de um constante repensar da história, pois somente ela “[...] nos instrui sobre o significado das coisas. Mas é preciso sempre reconstruí-la, para incorporar novas realidades e novas idéias ou, em outras palavras, *para levarmos em conta o Tempo que passa e tudo muda*.” (p. 15, sem grifo no original). E aliando a noção de tempo, entendida como a sucessão de eventos e sua trama, à de espaço, tomada como o lugar material onde sucedem os eventos, chega-se à noção de mundo, a soma de eventos e lugares. “A cada momento, mudam juntos o tempo, o espaço e o mundo. De tal modo, nossa grande tarefa é a de apreender e definir o Presente, segundo essa ótica.” ( SANTOS, Milton. **Técnica, espaço, tempo** : Globalização e meio técnico-científico informacional. 3. ed. São Paulo : HUCITEC, 1997. p. 41).

<sup>471</sup> Embargos Infringentes 8.780/9, op. cit.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a qual novos princípios orientadores das relações civis foram consagrados, impôs-se a necessidade de repensar o instituto em tela, bem como assuntos a ele conexos.

Desta forma, é imperativo que as modificações constitucionais se espalham em todos os sentidos, revelando novas nuances de temas que já apresentam uma profunda reflexão doutrinária, porém fundada no modelo jurídico revogado.<sup>472</sup>

Partindo das marcações<sup>473</sup> dos atores na família codificada, chega-se à posição jurídica dos sujeitos da família constitucionalizada, que tem seu início com o exame dos papéis.

## 1 SOBRE *PAPÉIS*

O vocábulo *papéis* se revela, de imediato, plural, cujo significado específico dependerá do contexto em que for empregado. Coloquialmente designa uma “pasta de matéria fibrosa de origem vegetal, [...] a qual se reduz, manual ou mecanicamente, a folhas secas finas e flexíveis, [...] usadas para escrever, [...]”.<sup>474</sup>

Outros sentidos a ele também estão ligados: indica tanto “a personagem representada por um ator”,<sup>475</sup> como a “atribuição de natureza moral, jurídica, técnica, [...] desempenho, função.”<sup>476</sup> Uma das acepções empregadas no trabalho é esta, de cunho específico, cujas linhas gerais têm origem na antropologia e na sociologia.

---

<sup>472</sup> Justifica-se a preocupação pelo fato de ser possível detectar a presença de doutrinadores contemporâneos que persistem no destaque e exame da família desigualitária. A título de exemplo, é possível observar na obra de Carlos Aarão dos REIS afirmações que contestam a plenitude do princípio da igualdade entre os cônjuges, questão que será objeto de exame neste capítulo.

<sup>473</sup> Em linguagem teatral, indica os movimentos e atitudes dos atores, coordenados pelo diretor. Neste contexto, quer significar os comportamentos que deviam ser necessariamente observados pelos cônjuges no modelo jurídico codificado, atuando como “diretor” o legislador.

<sup>474</sup> FERREIRA, op. cit., verbete 1, p. 1261.

<sup>475</sup> *Id. ibid.*, verbete 4, p. 1261.

<sup>476</sup> *Id. ibid.*, verbete 5, p. 1261.

Conexa a esta noção está a de *status*, abstratamente entendida como a posição de uma pessoa num determinado padrão, tomado individualmente. O conjunto de *status*, proveniente dos vários padrões de que o sujeito participa na sociedade representam sua posição “[...] em relação à sociedade total.”<sup>477</sup> Isto é, significa a soma de todos os *status* ocupados por uma pessoa em seu espaço social.

*Status*, neste contexto, traduz “[...] simplesmente um conjunto de direitos e deveres.”<sup>478</sup> Quando o sujeito realiza os direitos e deveres próprios dele, está desempenhando um papel.<sup>479</sup> A relação presente entre as duas noções justifica a afirmação feita por Ralph LINTON: “Não existem papéis sem *status*, nem *status* sem papéis”.<sup>480</sup>

Socialmente, todo o indivíduo tem dois papéis básicos a desempenhar: um deles decorrente de uma posição específica que ocupa, e outro, de cunho geral, resultante do conjunto de todos os papéis, individualmente tomados. É o ingresso em um padrão social, cujos comportamentos são previamente definidos e esperados.

Desta forma, *status* e papel, combinados, “[...] representam o mínimo de atitudes e comportamentos”<sup>481</sup> que os indivíduos devem ter para participar de um determinado padrão.

Significam nada mais que “[...] modelos para a organização das atitudes e do comportamento individuais, de maneira a torná-los coerentes com os dos outros indivíduos que tomam parte na manifestação de um padrão.”<sup>482</sup> Como

---

<sup>477</sup> LINTON, Ralph. **O homem** : Uma introdução à antropologia. 11. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1981. p. 117.

<sup>478</sup> LINTON, op. cit., p. 117.

<sup>479</sup> É este o sentido empregado por Andrée MICHEL : “[...] un rôle est un ensemble de droits et de devoirs attachés au statut de l'individu, c'est-à-dire à sa place dans un groupe social (ici dans le groupe familial).” ([...] um papel é um conjunto de direitos e deveres vinculados ao estatuto do indivíduo, quer dizer a seu lugar num grupo social (aqui no grupo familiar).) Op. cit., p. 128.

<sup>480</sup> Na sequência, alerta Ralph LINTON que a distinção entre *status* e papel é puramente acadêmica. (op. cit., p. 118.).

<sup>481</sup> LINTON, op. cit., p. 118.

<sup>482</sup> *Id. Ibid.*, p. 118.

consequência, o exame dos papéis resultará sempre relativo, seja ao grupo ou a outro sujeito numa posição equivalente.

Transportando para o jurídico tais expressões, os conteúdos não sofrem modificações de fundo. *Status*, ou estado, por exemplo, é uma “noção técnica destinada a caracterizar a posição jurídica da pessoa no meio social.”<sup>483</sup> Através dele, o lugar jurídico do indivíduo, nos meios sociais, políticos e familiares, é definido.

Quanto ao papel, o sujeito desempenha aquele relacionado ao *status* que ocupa. Nas relações familiares, poderá ser cônjuge ou parente, situação que irá gerar uma série de direitos e deveres correspondentes. Tal ligação permite inferir que o *status* jurídico, de cunho abstrato, conduz os sujeitos a ocupar determinados papéis.

### 1.1 Pessoas, papéis e sujeitos

O *status* jurídico, ao indicar seus papéis correspondentes, dá um indicativo do lugar que deve ser ocupado por um sujeito específico. Neste ponto ocorre uma ligação entre o modelo abstrato e a situação concreta, de tal sorte que papel, em tal sentido, também pode ser compreendido como o personagem representado por um ator. E tal ator, que transita na esfera jurídica, praticando atos e sentindo seus efeitos, é a pessoa.

A idéia de pessoa, com os contornos contemporâneos, “nasceu e muito lentamente cresceu no curso de muitos séculos e através de muitas vicissitudes, a ponto de, ainda hoje, ser flutuante, delicada, preciosa e estar por ser elaborada.”<sup>484</sup>

Tem como uma fonte provável a noção de *persona* latina,<sup>485</sup> cuja origem remonta ao início de tal civilização, significando “máscara, máscara trágica, máscara ritual e máscara de antepassado.”<sup>486</sup>

---

<sup>483</sup> GOMES. *Introdução...*, p. 166.

<sup>484</sup> MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. São Paulo : EDUSP, 1974. v. 1. p. 209.

<sup>485</sup> Sobre a usual relação feita entre as expressões *persona* e máscara, a título de informação é interessante apresentar as conclusões de Marcel MAUSS, no sentido de que a mesma é passível de questionamento: “Naturalmente, a explicação dos etimologistas latinos (*persona* vem de



Este significado se relacionava ao teatro, indicando a máscara utilizada pelo ator para compor os papéis que iria desempenhar. Além de dar a aparência desejada, também modificava a voz daquele que a usava.

Mudando o papel, alteravam-se a máscara e a pessoa. Significativa tal transformação, uma vez que a colocação do sujeito em cena dependia do papel que ele estava desempenhando, ou melhor, da máscara que portava. Disto dependia o fato de ser um ator principal ou um coadjuvante.

Infere-se daí um duplo significado: além de máscara, *persona* também serve para indicar o “personagem que cada um é e deseja ser, seu caráter, sua verdadeira face.”<sup>487</sup> Aponta, em suma, qual o papel ocupado por uma certa pessoa, num certo contexto, em um momento específico.

Em sentido jurídico, a expressão adquiriu um qualificativo, passando a designar o indivíduo, enquanto este desempenhava um papel na cena jurídica.<sup>488</sup>

Ocupava o posto de protagonista jurídico aquele que possuísse qualidades específicas, encontradas apenas em uma gama privilegiada de pessoas. Aos demais, a coadjuvância.

Como reflexo direto, na sociedade romana, a pluralidade de *status*, isto é, de papéis a serem ocupados e desempenhados, provocou uma categorização específica de sujeitos: os *paterfamilias*, plenamente capazes e os demais, incapazes, respectivamente *sui juris* e *aliena juris*.<sup>489</sup>

Revelaram-se vários personagens, principais ou secundários, cujos papéis eram desempenhados pelos atores consoante seu grau de importância no meio social, referendado pelas qualidades específicas de cada componente da sociedade

---

*per/sonare*, a máscara através - *per* - da qual ressoa a voz do ator) foi inventada posteriormente. [...] Na verdade, a palavra não parece provir de boa fonte latina; talvez seja de origem etrusca, como outras palavras terminadas em *na*. [...] Porém, se não foram os latinos os inventores da palavra e das instituições, pelo menos foram eles que deram ao termo o sentido primitivo que veio a ser o nosso. Eis o processo.”(op. cit., p. 227-8.).

<sup>486</sup> MAUSS, op. cit., p. 225.

<sup>487</sup> *Id. Ibid.*, p. 233.

<sup>488</sup> VILLEY, Michel. **Direito romano**. Porto : Resjurídica, [s. d.]. p. 91.

<sup>489</sup> A condição de *sui* ou *aliena juris* surgia quando o *status familiae* era objeto de análise, uma vez que o estado de família determinava a extensão da capacidade do sujeito, ou sua ausência, parâmetro diverso do adotado contemporaneamente. ( CORRÊA; SCIASCIA, op. cit. p. 49-50.)

romana. Porém, se o “direito romano reconhecia uma pluralidade de pessoas, o nosso idealismo moderno reduziu-as à unidade.”<sup>490</sup>

A construção da figura única do *sujeito de direito* é devida ao braço jurídico do movimento racionalista. Junto a ela, outros aspectos relevantes podem ser destacados, tais como o processo de codificação e o monismo jurídico,<sup>491</sup> que, associados a outros aspectos, construíram um sistema jurídico fechado, centrado num sujeito de direito abstratamente conceituado.

Inserido no contexto social que deu origem ao racionalismo jurídico, os reflexos das transformações sociais e jurídicas que se fizeram sentir resultaram no rompimento de um modelo jurídico então desigualitário,<sup>492</sup> numa revolução.

Com a codificação, chega formalmente ao fim a categorização dos sujeitos que, neste sentido, representa uma noção histórica.<sup>493</sup> Mas, se a elaboração teórica da noção de sujeito de direito teve origem “num momento relativamente preciso da história”,<sup>494</sup> segundo Michel MIAILLE, ela “desenvolveu-se como uma das condições da hegemonia de um novo modelo de produção”,<sup>495</sup> o capitalista.

Em solo nacional, a elaboração do Código Civil brasileiro de 1916, além de representar, naquele momento, a organização da disciplina jurídica de relações privadas sob parâmetros modernos,<sup>496</sup> serviu de porta de entrada para o sujeito de direito no ordenamento jurídico.

---

<sup>490</sup> VILLEY, op. cit., p. 99.

<sup>491</sup> A noção de monismo empregada no trabalho é emprestada de Antônio Carlos WOLKMER: é a atribuição ao Estado Moderno do “monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo.” (WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico** : Fundamentos de uma nova cultura no direito. 2. ed. São Paulo : Alfa-Omega, 1997. p. 40-1.).

<sup>492</sup> Como consequência, a igualdade no plano jurídico, cujo reflexo se fez sentir no surgimento do sujeito de direito, pôs fim aos tratamentos diferenciados calcados em títulos nobiliárquicos e origem plebéia. Paralelo a isto, surgem as primeiras codificações, o monismo jurídico, a formação do Estado Moderno.

<sup>493</sup> MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Lisboa : Estampa, 1989. p. 120.

<sup>494</sup> *Id. Ibid.*, p. 119.

<sup>495</sup> *Id. Ibid.*, p. 119. É preciso ter em conta, ao examinar as posições doutrinárias do autor, que sua orientação é marxista, o que permite compreender melhor suas afirmações.

A regulamentação e a garantia de sua existência foi concretizada no artigo 2º, mediante a afirmação de que todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. Mas, se por um lado abriram-se as portas aos sujeitos, de imediato o acesso foi restringido àqueles que pudessem atuar dentro dos limites estabelecidos pela ordem civil.

Pertinente neste sentido é a reflexão de José Antônio Peres GEDIEL: “[...] assim como a máscara teatral, a qualidade jurídica de *pessoa*, homem dotado de personalidade jurídica, também indica apenas aquilo que o portador dessa qualidade (máscara jurídica) pode e deve fazer no espaço juridicamente delimitado.”<sup>497</sup>

Através da limitação, o sistema jurídico “hospeda fatos que quer tornar jurídicos”<sup>498</sup> e, por via reflexa, mantém, no campo do não-direito, o que ao sistema não interessa.<sup>499</sup>

Como conseqüência, o ingresso das pessoas na esfera jurídica somente era permitido àqueles que portassem convite para uma situação hospedada pelo Direito, de modo que, diante de uma situação era sujeito de direito e, perante outra, não.<sup>500</sup>

O abstrato conteúdo do sujeito de direito, codificado e indiferenciado<sup>501</sup> revelou-se, gradativamente, “uma realidade abstrata frente às pessoas concretas”<sup>502</sup> do cotidiano, produzindo um sujeito virtual.<sup>503</sup>

<sup>496</sup> Com a vigência do Código Civil brasileiro, o sistema jurídico nacional ingressou no pensamento racionalista, revogando as Ordenações Filipinas, que datavam de 1603 e ainda estavam em vigor.

<sup>497</sup> E prossegue José Antônio Peres GEDIEL: “A qualidade de pessoas, que define para o Direito Moderno o ser humano, é uma representação jurídica do homem e não a representação de suas qualidades inatas ou naturais [...]” (Tecnologia, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In.: FACHIN, Luiz Edson. (Org.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.p. 63. Grifos no original).

<sup>498</sup> FACHIN, Limites..., p. 48.

<sup>499</sup> *id. Ibid.*, p. 47.

<sup>500</sup> Neste sentido, registra Andréa Alves de Sá que, “Na ordem jurídica, a pessoa é uma idéia passível de ocupar espaços juridicizados, pela retração ou distensão do conceito que ganha novos contornos a cada momento. Em Direito, a pessoa não é, ela apresenta-se deste ou daquele modo, preenchendo as situações jurídicas específicas.” (SÁ, Andréa Alves de. Limites e possibilidades do sujeito de direito : Comparação entre a teoria e a prática. Revista Estudos Jurídicos, v. IV, n. 1, ago. 97. p. 233-246. p. 235, grifos no original.)

<sup>501</sup> GOMES, **Introdução...**, p. 69.

O reflexo da estreita regulamentação jurídica das relações sociais originou uma categorização fática das pessoas, situação juridicamente abolida com a codificação. A restrição da tutela às “pessoas confortáveis”<sup>504</sup> deixou as demais num desconfortável espaço não juridicizado, na esfera do não direito.

Diante desta situação, a máscara de sujeito de direito era entregue àqueles que se casassem e constituíssem família nos moldes codificados, tivessem filhos matrimoniais, fossem proprietários, contratassem.<sup>505</sup> Caso contrário, uma correlação entre pessoa e sujeito de direito tornava-se impossível.<sup>506</sup>

Além do aspecto já referido, qual seja, possibilitar a condição de sujeito de direito àqueles que pudessem praticar os atos acolhidos pelo ordenamento jurídico, outro merece destaque.

Uma vez dentro da esfera jurídica, ocupar a condição de sujeito também requeria a permissão legal, ou, quando menos, a não proibição.

A previsão legal do marido como chefe da sociedade conjugal indicava uma posição jurídica a ser ocupada por um sujeito de direito qualificado: o homem. Somente diante de sua ausência ou impossibilidade é que a mulher se tornaria *chefe*.

Novamente nesta esfera a figura abstrata e geral de sujeito de direito se concretizava com a adequação da condição pessoal ao modelo jurídico.

Diante de tais considerações, é possível observar que a noção de papel, relacionada às atividades dos membros da família, estava intimamente ligada à de

<sup>502</sup> SÁ, op. cit., p. 233.

<sup>503</sup> MIAILLE, op. cit., p. 118.

<sup>504</sup> A expressão é empregada por Andréa Alves de SÁ (op. cit., p. 240). Deve ser entendida como as pessoas que constituem família através do casamento, têm filhos “legítimos”, possuem patrimônio, são proprietários e contratam nos termos da legislação civil vigente, excluindo aquelas cuja situação não se enquadre nos limites juridicamente estabelecidos.

<sup>505</sup> Neste sentido, é significativa a afirmação de Manoel A. Domingues de ANDRADE: “Para designar quem *pode* ser sujeito de relações jurídicas, embora porventura não seja na realidade sujeito de nenhuma, usa-se antes - e é mais rigoroso - o termo *sujeito de direito* [...]”. Em outras palavras, o sujeito portador das qualidades necessárias ao sujeito poderá ocupar tal posição; por exclusão, quem não tem tais qualidades, na prática não poderá sê-lo. ( op. cit., p. 29.).

<sup>506</sup> Esta dualidade, sujeito de direito/pessoa - abstrato/concreto, foi assim explicada por Jussara MEIRELLES: “Traçando-se uma espécie de paralelo tem-se, de um lado, o que se pode denominar **pessoa codificada** ou **sujeito virtual**; e, do lado oposto, há o **sujeito real**, que corresponde à pessoa verdadeiramente humana, vista sob o prisma de sua própria natureza e dignidade, a **pessoa gente**.” (op. cit., p. 91. Grifado no original.).

sujeito de direito, especialmente no que diz respeito às atribuições específicas de cada sujeito no grupo familiar.

É sobre este modelo inflexível de distribuição de papéis, sobre o qual foi construído o modelo codificado de família, bem como acerca de seu conteúdo, que assentarão as próximas reflexões.

## 2 AS MARCAÇÕES DOS SUJEITOS NA FAMÍLIA TRADICIONAL<sup>507</sup>

O estabelecimento dos papéis familiares, quer na perspectiva jurídica desenhada pelo Código Civil de 1916, quer na social, segundo Andrée MICHEL, foi forjado em critérios de sexo e idade.<sup>508</sup>

A partir destes, “os papéis dos pais e dos filhos, dos jovens e dos velhos, dos homens e das mulheres são rigorosamente estabelecidos numa complementaridade”,<sup>509</sup> permitindo o conhecimento prévio do campo de atuação de cada um dos sujeitos.

A construção dos modelos legais teve como parâmetro a realidade social. A partir de valores vigentes na sociedade, mesmo que estes não traduzissem a realidade como um todo,<sup>510</sup> foram elaborados com os conteúdos correspondentes a atuação de cada membro da família.

O papel destinado à mulher foi secundário, com características basicamente domésticas e afetivas, exercido de forma complementar ao principal, ocupado pelo marido, o provedor das necessidades da família.<sup>511</sup>

---

<sup>507</sup> A expressão tradicional é empregada por Andrée MICHEL com o mesmo significado de família patriarcal e hierarquizada, cujas características gerais são as apresentadas pelo modelo codificado brasileiro. (Op. cit.).

<sup>508</sup> MICHEL, op. cit.

<sup>509</sup> PERROT, Michelle. Funções da família. In.: **História da vida privada** : Da revolução francesa à primeira guerra. São Paulo : Companhia das Letras, 1991. p. 108.

<sup>510</sup> Conforme já apresentado no primeiro capítulo, os dados apresentados por Orlando GOMES revelam que a codificação contemplou as pessoas que efetivamente eram consideradas no final do século XIX, especialmente aquelas que tinham poder econômico e político. (**Raízes...**, p. 39).

Paralelo as tais atividades, ao assumir a maternidade, a ela também incumbia a educação dos filhos, especialmente os de pouca idade.<sup>512</sup>

Como sustentáculo da dupla atribuição de atividades femininas, segundo Andrée MICHEL, foram criadas várias místicas, destinadas a sensibilizar e consolidar o conjunto de papéis da família tradicional.<sup>513</sup>

A mais elaborada delas foi a *mística feminina*. Glorificando e explorando o papel maternal,<sup>514</sup> foi possível subordinar a mulher a uma situação de dependência, econômica e psicológica, em relação ao marido. Esta se consolidava na medida em que o tempo passava, os filhos cresciam e as portas das atividades profissionais se fechavam de forma permanente.

A construção do papel feminino maternal da família patriarcal foi objeto das reflexões de Elizabeth BADINTER.<sup>515</sup> Examinando a situação da maternidade na França, num espaço temporal compreendido entre os séculos XVIII e XX, a autora analisou variados documentos históricos: cartas, registros de nascimentos, óbitos, folhetos e material de propaganda.

A conclusão a que chegou revela que, no século XVIII, grande parte das mães das camadas sociais que dispunham de alguma condição econômica, mediante a concordância dos pais, entregavam os filhos a amas de leite, cujo futuro era desconhecido.

Tal prática, à época, não significava um atentado a princípios sociais então vigentes. Contudo, à medida em que aumentaram sensivelmente os casos de entregas e a morte de inúmeras crianças, novos valores foram sendo implantados

---

<sup>511</sup> Tal idéia é apresentada textualmente por Andrée MICHEL ao examinar a família tradicional: “[...] le rôle domestique et affectif de la femme est défini de façon complémentaire à celui du mari, reconnu comme le pourvoyeur des besoins de la famille.” (op. cit., p. 129) ([...] o papel doméstico e afetivo da mulher é definido de modo complementar àquele do marido, reconhecido como provedor das necessidades da família.).

<sup>512</sup> Constata-se isto na disposição do artigo 326, §§ 1º e 2º da redação original do Código Civil brasileiro.

<sup>513</sup> MICHEL, op. cit., p. 128-9.

<sup>514</sup> Este viés da mística foi conjugado com o interesse na Apelação Cível 48.974/0, op. cit., através do estabelecimento da guarda dos filhos, ainda na primeira infância, para a mãe, “por razões de independem de maior justificativa”, o que indica sua aplicação já sob a égide da família constitucionalizada, uma vez que o julgamento data de 1996.

<sup>515</sup> BADINTER, op. cit..

como, por exemplo, a necessidade de aleitamento e de cuidados especiais no que tange ao desenvolvimento e educação dos filhos.

Associando à necessidade de cuidados básicos a noção de instinto, no qual teria origem o amor materno, passou-se, então, a construir o papel de mãe amorosa, com a inata aptidão para os exclusivos cuidados da prole, legando ao pai o papel de autoridade e de provedor.

Tal situação encontrou respaldo correspondente no modelo materno codificado, que traçou contornos amorosos e preocupados com os cuidados dos filhos. Pertinente, nesse caso, é o questionamento de Elizabeth BADINTER: “Por que razões a indiferente do século XVIII transformou-se em mãe coruja nos séculos XIX e XX?”<sup>516</sup>

Mediante suas conclusões, associada às afirmações de Andrée MICHEL, é possível detectar a construção de uma doutrina, cujo objetivo principal é sustentar teoricamente a divisão de papéis, calcada na predeterminação do que se espera seja o feminino. Neste caso, o de boa mãe.<sup>517</sup>

Ao lado da *mística feminina*, a *mística patriarcal* atribuiu ao homem qualidades que o destacavam pela inteligência, coragem e iniciativa, o que gerava a necessidade de respeito por parte dos demais membros da família. Este igualmente se fundava na autoridade masculina, decorrente da posição de titular do saber e do poder, cuja origem era freqüentemente econômica.

A esta relação Andrée MICHEL denominou *mística familiar tradicional*,<sup>518</sup> articulada sobre a idéia de complementaridade de papéis dos sexos, que encobria a dependência feminina em relação ao marido e na prévia determinação das posições

---

<sup>516</sup> *id. Ibid.*, p. 19.

<sup>517</sup> Elizabeth BADINTER vai adiante, afirmando que “Ao se percorrer a história das atitudes maternas, nasce a convicção de que o instinto materno é um mito. Não encontramos nenhuma conduta universal e necessária da mãe. Ao contrário, constatamos a extrema variabilidade de seus sentimentos, segundo sua cultura, ambições ou frustrações. Como, então, não chegar à conclusão, mesmo que ela pareça cruel, de que o amor materno é apenas um sentimento e, como tal essencialmente contingente? Esse sentimento pode existir ou não existir; ser e desaparecer. Mostrar-se forte ou frágil. [...] Tudo depende da mãe, de sua história e da História. Não, não há uma lei universal nessa matéria, que escapa ao determinismo natural. O amor materno não é inerente às mulheres. É ‘adicional’.” (op. cit., p. 367).

<sup>518</sup> MICHEL, op. cit., p. 130.

a serem ocupadas pelos sujeitos na relação familiar, sendo esta consolidada na esfera jurídica.

A partir das considerações ora tecidas, é possível examinar mais pausadamente os papéis dos sujeitos no modelo de família codificado, iniciando com as posições na relação conjugal.

## 2.1 Os cônjuges

A visibilidade social e pública da família era centrada no dúplice personagem masculino, marido e pai, sendo que várias situações permitem ilustrar a extensão do conteúdo de seu papel jurídico.

Como sujeito capaz, a ele competia um poder jurídico de decisão,<sup>519</sup> amparado num binômio: em sua condição de homem e em seu poder econômico, decorrente do papel de provedor. Uma vez representante legal da família, como seu porta-voz exprimia também a própria vontade.

O poder de fixar o domicílio familiar permitia a ele, de certa forma, escolher as pessoas com as quais os sujeitos da família travariam relações sociais.

A posição de destaque se fazia sentir também nos reflexos do papel de provedor. Ao marido incumbia a obrigação de sustentar a mulher, enquanto esta tivesse a conduta jurídica e social esperada: a permanência na habitação conjugal.<sup>520</sup>

Caso houvesse o abandono sem um justo motivo, a sanção jurídica estava prescrita no texto legal: o fim da obrigação de sustento, bem como o seqüestro

---

<sup>519</sup> O artigo que regulamentava o papel a ser desempenhado pelo marido, no texto original do Código Civil de 1916, é o do artigo 233: “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regimen matrimonial adoptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, §9º, n.º I, c, 274, 289, n.º I, e 311). III. O direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 36 e 233, n.º IV). IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, n.º II, 242, n.º VII, 243 a 245, n.º II, e 247, n.º III). V. Prover a manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.”

<sup>520</sup> A determinação era feita nos termos do artigo 234 do diploma legal civil, em seu texto original: “A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ella abandona sem justo motivo a habitação conjugal, e a esta recusa voltar. Neste caso, o juiz pode, segundo as circunstancias, ordenar, em proveito do marido e dos filho, o sequestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher.”



temporário de seus rendimentos particulares em proveito do marido e dos filhos. Paralelo a isto, restava obstada tanto sua declaração de inocência numa situação de desquite como os efeitos dessa decorrentes.<sup>521</sup>

Porém, os efeitos de tal sanção transcendiam o jurídico e o pecuniário e se faziam sentir em outro patamar. Migrando com a análise para o espaço social, é possível observar que os efeitos jurídicos de um desquite, fundado ou não na culpa, atingiam impiedosamente a mulher.

Numa sociedade marcada por valores masculinos, os homens, atores principais, recebiam o respaldo jurídico para ocuparem tal posição, especialmente no seio familiar.

Desta sorte, à mulher foram deferidos papéis que complementavam e destacavam o masculino. Uma vez findo um casamento, a mulher abandonava os lugares familiares “a ela destinados pelo ordenamento jurídico.”<sup>522</sup>

Diante de tal situação, socialmente ocorria uma perda de referencial, a posição de cônjuge, o que a tornava diferente e dificultava seu acesso individual às mesmas relações que tinha enquanto sujeito de uma família. Como resultado, a modificação do *status* jurídico produzia idêntico efeito em suas condições sociais.

Na dupla esfera familiar, ao lado da figura masculina, pública, a localização espacial doméstica e a titularidade de suas atividades era feminina. Por determinação legal, a mulher assumia, com o casamento, “[...] os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família.”<sup>523</sup>

A mulher casada reinava na área privada, senhora de um espaço mantido por outrem, administradora do que recebia e responsável pelos cuidados maternos.

Incluída no rol dos relativamente incapazes,<sup>524</sup> desempenhava um papel de coadjuvante, uma vez que era juridicamente dependente do marido. A falta da

---

<sup>521</sup> “Art. 317. - A acção de desquite só se póde fundar em alguns dos seguintes motivos: I - *omissis*. II - *omissis*. III - *omissis*. IV - Abandono voluntario do lar conjugal , durante dois annos continuos.”(sic).

<sup>522</sup> FACHIN, O avesso..., p. 93.

<sup>523</sup> Artigo 240, texto original.

capacidade de exercício de direitos provocava, além do efeito correspondente, também uma relação de subordinação, onde a supremacia jurídica se estendia às relação extra-jurídicas.

Diante disto, é possível afirmar que a “presença da mulher no Direito é, a rigor, a história de uma ausência, eis que, não raro, vem marcada pelo regime da incapacidade ou da subordinação.”<sup>525</sup> E, inserida numa família patriarcal, tanto um regime como outro eram realidades concretas.

A mulher casada, não ocupando uma posição absoluta nas relações familiares, é um sujeito observado através de outrem. Na perspectiva familiar, sua posição é relativa:<sup>526</sup> mulher, mãe, indivíduo.

Como esposa, é vista através do marido, cujas atribuições estavam expressamente determinadas em lei, de forma vinculante. Competia a ela, de forma complementar,<sup>527</sup> tudo o que não fosse expressamente função do marido.<sup>528</sup>

Na posição de mãe, o conteúdo jurídico de seu papel estava relacionado aos cuidados com a criação dos filhos, a ponto de ter a preferência legal na guarda dos filhos em caso da dissolução do casamento provocada pela existência de culpa de ambos os cônjuges.

Titular da condição de indivíduo, aqui compreendido como um ser tomado em si mesmo, o silêncio legislativo é eloqüente. As posições jurídicas a ela

<sup>524</sup> Tal situação somente foi alterada com a promulgação da Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Esta Lei, além de retirar a mulher da condição de relativamente incapaz, adotou a cooperação diferenciada dos cônjuges promovendo, com isto, o aumento da igualdade. Contudo, segundo o professor Francisco MUNIZ, esta teve um alcance reduzido, uma vez que teve maior alcance o princípio da unidade familiar. ( MUNIZ, A família..., p. 73.)

<sup>525</sup> FACHIN, O avesso..., p. 89.

<sup>526</sup> Ocupar uma posição relativa, neste contexto, significa ter outrem como parâmetro de análise, semelhante à posição de Elizabeth BADINTER, que vê na figura materna uma personagem relativa e tridimensional: “Relativa porque ela só se concebe em relação ao pai e filho. Tridimensional porque, além dessa dupla relação, a mãe é também uma mulher, isto é, um ser específico dotado de aspirações próprias que freqüentemente nada têm a ver com as do esposo ou com os desejos do filho.” (op. cit., p. 25.).

<sup>527</sup> MICHEL, op. cit., p. 129.

<sup>528</sup> Isto pode ser observado, por exemplo, na direção econômica do lar, prevista no artigo 247 do Código Civil brasileiro, abrindo uma exceção à representação masculina da família, conforme o artigo 233, I. A única alteração ao artigo 247 está no parágrafo único, cuja redação original prescrevia o seguinte: “O suprimimento judicial da autorização (art. 245) valida os actos da mulher, mas não obriga os bens próprios do marido (arts. 235, 269 e 275).” O parágrafo refere-se, claramente, ao inciso III do artigo.

reservadas passaram pelo crivo masculino, “precisamente porque nos textos legais, do Código Civil ao Código Penal, o homem depositou aquilo que lhe parecia ser a sua própria identidade.”<sup>529</sup>

Colocada desta forma à sombra do marido, como sujeito da família codificada, a “mulher jurídica” é, por conseguinte, um **ser virtual**,<sup>530</sup> recebendo, abstratamente, tutela legal e sentindo as consequências da desigualdade formal na vida real.

## 2.2 As relações paterno-filiais

A atribuição expressa e inflexível de papéis aos sujeitos da família, levada a efeito no modelo codificado e cujos efeitos gerais nas relações conjugais foram recente objeto de análise, pode ser sentida no que tange às relações paterno-filiais.

O exame do local dos filhos, bem como do papel por eles desempenhado, tem, neste trabalho, atenção especial.

A questão da guarda e dos parâmetros de seu estabelecimento, através de decisão judicial, faz com que a análise dos papéis dos filhos, na família tradicional, seja mais concentrado, uma vez que o tema foi examinado de forma difusa em toda sua extensão, de forma direta ou indireta.

Da leitura do texto original do Código Civil brasileiro é possível, em princípio, ter claro o conteúdo dos papéis dos cônjuges. Da mesma forma, os papéis de pai e mãe são estabelecidos no artigo 380 do diploma legal civil: o exercício do pátrio poder toca ao pai e, em sua falta ou impedimento, poderá ser exercido pela mãe.

A extensão do exercício do pátrio poder abarcava a pessoa e os bens dos filhos, determinando em que situações a atuação dos genitores era necessária para suprir a existência de uma incapacidade, absoluta ou relativa.

---

<sup>529</sup> FACHIN, O avesso..., p. 92.

<sup>530</sup> *Id. Ibid.*, p. 95.

Quanto ao conteúdo do papel infantil, o Código Civil de 1916 não é eloquente. Ao contrário da preocupação demonstrada com os papéis adultos, não há uma clara determinação do que competia aos filhos, enquanto atuando como tais.

O vácuo constatado na legislação tem sua origem na esfera social. Fruto de uma história centrada preferencialmente no adulto,<sup>531</sup> ao resgatar a figura da criança no mesmo contexto é possível constatar que “sua presença é praticamente nula”.<sup>532</sup>

E quando o papel infantil tem destaque, recebendo atenções e cuidados, não é por ser uma criança mas sim “pelo seu *status* enquanto filha ou filho de nobre, de castas especiais, como aconteceu durante a Idade Média.”<sup>533</sup>

O reflexo imediato pode ser sentido na legislação civil. A construção legal das relações paterno-filiais da família codificada foi levada a efeito sob uma ótica adulta.

Partindo da posição de genitor, os filhos acabavam atuando como elementos necessários à concretização do conteúdo do papel paterno previamente determinado em lei.

Novamente atuando como a face pública das relações familiares, o homem, desempenhando seu papel paterno, concretizava sua capacidade plena e a representação legal dos filhos. O papel materno, acessório e residual,<sup>534</sup> se fazia presente na ausência jurídica da figura masculina.

A codificação da ótica adulta das relações familiares, centrada na proteção da figura paterna e dos interesses do grupo familiar, produziu efeitos imediatos na situação dos filhos.

Sem pretender esgotar a questão, um primeiro destaque diz respeito a quais filhos o modelo em tela atendia. Tendo como matriz a família matrimonializada,

---

<sup>531</sup> Neste sentido é a afirmação de Tânia da Silva PEREIRA: “A História da humanidade é norteadada pela história dos adultos.” (Infância e adolescência: Uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. In.: **Direitos de família e do menor**. 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 299.)

<sup>532</sup> VERONESE, op. cit., p. 07.

<sup>533</sup> *Id. Ibid.*, p. 07.

<sup>534</sup> As expressões *acessório* e *residual*, justificam-se no modelo codificado pelos motivos adredemente apresentados: a descrição principal do papel masculino, quer como pai ou como marido, e o papel feminino tendo seu conteúdo composto pelas atribuições não masculinas.

a legislação sob exame atingia aos filhos legítimos, aos legitimados, aos legalmente reconhecidos e aos adotados.<sup>535</sup>

Aos nascidos fora do casamento, adulterinos e incestuosos, estava vedado o acesso ao *status* de filho e ao reconhecimento de sua condição de sujeito de família.<sup>536</sup>

Desta sorte, se titular de uma situação descrita pelo artigo 358 do Código Civil brasileiro, ao filho era negada a condição de sujeito de direito para aquela relação jurídica específica, muito embora a natureza indicasse a existência de um vínculo biológico entre ele e seu genitor. Em tais situações, tutelava-se mais a posição do pai e dos interesses da família que ele representava do que os interesses do filho.

No que diz respeito ao estabelecimento da guarda, a legislação não se furtou de determinar a quem caberia a mesma. O parâmetro informador foi o comportamento adulto, calcado na existência de culpa, especialmente no que diz respeito a atuação como cônjuge.

Agregado a este aspecto estavam a idade e o sexo dos filhos. Os meninos maiores de seis anos ficavam preferencialmente com os pais, enquanto que as meninas de qualquer idade e os meninos menores da idade acima eram postos, preferencialmente, sob a guarda da mãe.<sup>537</sup>

A ressalva legal quanto à aplicação automática da solução acima descrita era feita no artigo 327, quando este determinava que motivos graves permitiam ao julgador fazê-lo de forma diversa, bem como não aceitar o acordo entre os pais, no caso de um desquite consensual.

---

<sup>535</sup> Nos termos do artigo 379 do Código Civil brasileiro, na redação original: "Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao patrio poder, enquanto menores." Sua interpretação contemporânea deve ser feita tendo como parâmetro a igualdade constitucional no que tange aos filhos de qualquer natureza, nos termos do artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, associada aos artigos 20 e 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>536</sup> A determinação encontrava-se no artigo 358 do texto original do Código Civil brasileiro, nos seguintes termos: "Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos." Tal artigo foi revogado pela Lei 7841, de 17 de outubro de 1989.

<sup>537</sup> Conforme disposto no artigo 326 do Código Civil brasileiro em sua redação original.

No que tange à original determinação dos papéis dos filhos, a legislação ordinária de 1916 o fez de modo relativo, tendo como parâmetro a figura adulta masculina.

Contudo, a regulamentação não ficou estática. Refletindo modificações sociais, o conteúdo dos papéis familiares foi sendo gradativamente alterado, ganhando mobilidade e se adequando à novas realidades que se instalaram no decurso deste século. É acerca do processo de metamorfose dos papéis o próximo conteúdo a ser examinado.

### 3 INDICATIVOS DAS METAMORFOSES

A família, concebida como um grupo social que se modifica de acordo com as transformações operadas no meio em que se insere, não permaneceu estática no curso do século XX.

Transformações, jurídicas e sociais, informadas pelos processos de industrialização e de urbanização construíram, gradativamente, um modelo de família diverso.<sup>538</sup>

O centro das atenções deslocou-se do grupo e da figura paterna para os sujeitos, entendidos individualmente. De uma concepção transpessoal chegou-se a uma noção eudemonista.

Acentuaram-se as relações de sentimento entre os membros do grupo, de forma a valorizar “as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais.”<sup>539</sup>

A transformação no modelo de família refletiu diretamente na redistribuição dos papéis, tornando mais flexível a ocupação da titularidade dos mesmos. Desta

---

<sup>538</sup> Neste sentido, afirmam José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ que o processo de desintegração da família patriarcal e a passagem para a família nuclear foi fruto das “profundas modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais.” (OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 10.)

<sup>539</sup> OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 11.

forma, os papéis indispensáveis à família foram mantidos; o que modificou foi o modo como os mesmos passaram a ser desempenhados.<sup>540</sup>

Alguns fatores que influenciaram as transformações podem ser destacados. Diante de problemas sociais e econômicos que aumentaram as necessidades familiares, o trabalho feminino externo passou a ser uma necessidade.

Ocorre que, com a participação da mulher no orçamento familiar, o espaço de provedor que antes era ocupado exclusivamente pelo homem passou a ser dividido no plano fático, cujo reflexo pode ser sentido na regulamentação jurídicas das relações familiares.

Em 1962, precisamente em 27 de agosto, foi promulgada a Lei 4.121, conhecida como Estatuto da Mulher Casada. Houve, na oportunidade, a promoção de uma igualdade relativa, determinando a cooperação diferenciada dos cônjuges no que diz respeito às atividades familiares.

A chefia da sociedade conjugal foi mantida como papel masculino, assim como a função de provedor, e a possibilidade de escolha do domicílio familiar, revelando a manutenção de valores da família patriarcal, sob o fundamento da proteção à unidade familiar.

À mulher coube ocupar o lugar de colaboradora do marido, deixando de fazer parte do rol de pessoas relativamente incapazes, situação em que se encontrava com o casamento, além do que lhe foi permitido o livre exercício de uma profissão.

Embora o princípio da igualdade presente em tal legislação tenha tido um alcance reduzido,<sup>541</sup> uma vez que a unidade de gestão do marido foi, “seguramente a desigualdade fundamental”,<sup>542</sup> a valorização dos sujeitos da família começava a ocupar um espaço no modelo jurídico, fator que se mostraria decisivo para a

---

<sup>540</sup> A este propósito registra Rodrigo da Cunha PEREIRA: “O que a nova ordem mundial nos traz é um redirecionamento de papéis, na estruturação da família, em que se questiona e redimensiona-se o lugar do homem e da mulher.” (*Direito...*, p. 68.).

<sup>541</sup> Neste sentido aduz Francisco José Ferreira MUNIZ: “[...]o princípio da igualdade dos cônjuges tem, no sistema da Lei 4.121, um alcance muito reduzido. [...] Essa prevalência da vontade marital, no caso de desacordo entre marido e mulher, é expressão da preponderância dada ao **princípio da unidade familiar** sobre o **princípio da igualdade**.” (MUNIZ, A família..., p. 73. Grifo no original.)

<sup>542</sup> *id. Ibid.*, p. 74.

composição de uma família igualitária, posteriormente consagrada pela Constituição Federal de 1988.

#### 4 ACERCA DA IGUALDADE ENTRE HOMEM E MULHER

Como reflexo das transformações sociais, o aumento do campo de atuação jurídica e social da mulher conduziu a uma legislação cada vez menos discriminatória. Com efeito, operou-se a transformação dos princípios orientadores das relações entre os sujeitos.

Pautado na tutela da dignidade da pessoa humana, cujos efeitos espraíram-se em todo o texto constitucional, foi consagrada a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, nos termos do artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal de 1988.<sup>543</sup>

Quando a análise da igualdade diz respeito especificamente àquela inscrita no inciso I do referido artigo, a garantia de tratamento igualitário pela lei abrange a todas as relações onde estejam presentes um homem e uma mulher.

Ademais, a extensão da garantia da igualdade ultrapassa a esfera formal. “Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações.”<sup>544</sup> Desta forma, “qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional.”<sup>545</sup>

A igualdade constitucional entre homem e mulher, que se faz sentir nas relações de família, matrimonializadas ou não, como se pode observar, não é “mera isonomia formal.”<sup>546</sup> A garantia se estende ao aspecto material, exigindo dos

---

<sup>543</sup> A este propósito, registram José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ que “Este postulado é uma aplicação ou afloramento do princípio geral da igualdade de direitos e deveres dos homens e mulheres (art. 5º, I, da Constituição, que, por sua vez, não é mais do que corolário do reconhecimento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição): *homem e mulher são iguais em valor humano e social.*” (op. cit., p. 433. Grifo no original.).

<sup>544</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 220.

<sup>545</sup> *Id. Ibid.*, p. 220.

<sup>546</sup> *Id. Ibid.*, p. 220.



operadores do direito a observação de posições igualitárias nos casos concretos, mesmo que, para tanto, seja necessária uma desigualdade formal.

Os papéis familiares adultos, cujos conteúdos eram previamente determinados em função do sexo pelo Código Civil brasileiro, após a Constituição Federal de 1988 passaram a ser informados pela igualdade.

Desta sorte, não é possível determinar a quem compete dirigir a família, escolher o domicílio ou ser o titular exclusivo de direitos e deveres em relação aos filhos. Estando homem e mulher presentes numa relação, abstratamente compete a ambos todas as atividades.

De forma concreta, cada um deles terá, em sua família, um papel cujo conteúdo será elaborado a partir do respeito às aptidões específicas, sem pautar a escolha necessariamente no aspecto sexo e sim no respeito à dignidade das pessoas em questão.

Com a Constituição Federal de 1988, as desigualdades formais passaram a ter contornos inconstitucionais, desde que não esteja informada pela igualdade material. Não se reconhece mais a “possibilidade de distribuição fixa de direitos e deveres entre o homem e a mulher no casamento.”<sup>547</sup>

A distribuição rígida dos papéis familiares conduzia a uma família de estrutura autoritária, reservando à mulher uma posição inferior porque “os domínios ‘femininos’ não têm o mesmo peso que os domínios ‘masculinos’ na vida da família.”<sup>548</sup>

A igualdade se instalou na noção jurídica de família. Fundada num estatuto de coordenação, a direção da família passou a se desenvolver “pelo acordo entre os cônjuges em relação aos assuntos mais importantes.”<sup>549</sup>

Sob tal perspectiva, os sujeitos passaram a buscar o crescimento de todos seus integrantes, tendo como pressupostos de formação a realização pessoal e a busca da felicidade.

---

<sup>547</sup> OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 22.

<sup>548</sup> *Id. Ibid.*, p. 23.

<sup>549</sup> Trata-se do princípio do concertamento, como ensinam José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, cuja premissa principal é a “igualdade jurídica e de direção da família por ambos os cônjuges.” (op. cit., p. 23-4)

Porém, mesmo tendo sido determinada a igualdade entre homem e mulher como direito fundamental,<sup>550</sup> princípio do qual decorre a igualdade entre ambos nas relações de família, é possível encontrar posições contrárias.

É o que se observa nos argumentos defendidos por Carlos David S. Aarão REIS. Na obra intitulada **Família e igualdade**,<sup>551</sup> aduz o autor que a igualdade constitucional entre os cônjuges não tem o alcance pretendido, de forma que a desigualdade característica da família codificada ainda é presente.

Segundo o referido autor, nada obstante a Constituição Federal de 1988 tenha expressamente determinado a igualdade entre os cônjuges, é preciso que a chefia da sociedade conjugal continue centrada em um único membro da família: no papel masculino.

Isto porque o estabelecimento da chefia conjugal assenta em “[...] tradições e costumes dos povos indo-europeus, que não podem ser abandonadas subitamente sem vantagens consistentes.”<sup>552</sup> Ademais, a “ condução do governo da casa, lembram Lauterbach e Bergerfurth, representa o âmbito natural da mulher.”<sup>553</sup>

É preciso se ter em conta que tais posições foram firmadas por homens, tendo como parâmetro seus próprios entendimentos,<sup>554</sup> que remetem a mulher ao domínio privado, enquanto o homem transita na esfera pública.<sup>555</sup>

---

<sup>550</sup> E como direito fundamental, tem sua aplicação imediata nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

<sup>551</sup> REIS, Carlos David S. Aarão. **Família e igualdade** : A chefia da sociedade conjugal em face da nova constituição. Rio de Janeiro : Renovar, 1992. 142p.

<sup>552</sup> *Id. Ibid.*, p. 83.

<sup>553</sup> *Id. Ibid.* p. 84. Neste sentido, convém lembrar que tais posições foram firmadas por homens, tendo como parâmetro seus próprios entendimentos. Resta questionar a validade e pertinência da afirmação atualmente.

<sup>554</sup> Rodrigo da Cunha PEREIRA, a este propósito, é incisivo: “As notícias e registros que temos sobre a origem e a evolução da família é de sua estruturação em sistema patriarcal. Daí uma explicação, sem maiores aprofundamentos, da supremacia do homem sobre a mulher. Foi o homem quem construiu o mundo e impôs sua linguagem, seu discurso. O mundo é masculino. Os ordenamentos jurídicos sempre confirmaram isto.” (**Direito...**, p. 87.).

<sup>555</sup> Nelson SALDANHA, examinando o jardim/privado e a praça/público, sublinha que : “O homem como *politikon zoon* (ao pé da letra animal político, animal da *polis*), implicitamente social, segundo a idéia grega clássica, significou também este outro aspecto: a mulher não. A mulher grega ficava em casa, governando a casa, do mesmo modo que a matrona romana. O homem retido no

Buscando diminuir o desequilíbrio entre os pratos da balança, tem-se em Simone de BEAUVOIR uma visão do espaço da mulher como contraponto:

[...] Não há por assim dizer senão Santa Teresa que tenha vivido por sua conta, em um abandono total, a condição humana: vimos por quê. Situando-se além das hierarquias terrestres, não sentia, tal qual São João da Cruz, um teto tranquilizador sobre a cabeça. Era para ambos a mesma noite, os mesmos relâmpagos, em si o mesmo nada, em Deus a mesma plenitude. Quando finalmente for assim possível a todo ser humano colocar seu orgulho além da diferenciação sexual, na glória difícil de sua existência, poderá a mulher - e somente então - confundir seus problemas, suas dúvidas, suas esperanças com os da humanidade; somente então ela poderá procurar desvendar toda a realidade, e não apenas sua pessoa, em sua vida e suas obras. Enquanto ainda lhe cumpre lutar para se tornar um ser humano, não lhe é possível ser uma criadora.<sup>556</sup>

Não se pode ignorar as profundas transformações por que passou e continua passando a sociedade. Seus efeitos se fazem sentir em todas as esferas, no que a família não representa uma exceção.

Os papéis nela desempenhados sentiram seus reflexos e se adequaram à nova situação, qual seja, a pluralidade de possibilidade de seu desempenho. Desta forma, não se pode concordar que, embora:

[...] muito se tem falado sobre uma mudança da função social feminina, pois um grande número de mulheres, casadas ou não, exerce uma profissão fora do lar, [...] não teria mais sentido conferir-se a direção da família ao homem. É preciso cuidado com este argumento materialista, lugar-comum freqüentemente derivado de um marxismo fora de moda. A chefia da sociedade conjugal não foi atribuída ao marido por razões econômicas, esta posição só se justifica pela primazia social do homem, ou melhor, pelas específicas funções de cada sexo.<sup>557</sup>

Tal afirmação revela a intenção de encontrar justificativa para a manutenção de um modelo patriarcal e desigualitário de família. A fundamentação utilizada pauta-se na legislação ordinária, cuja leitura é feita a partir de posicionamentos firmados quando da plena vigência do modelo de família codificado.

---

jardim, retido em casa, se achava rebaixado [...].” (**O jardim e a praça** : Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1986. p. 17.).

<sup>556</sup> BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo** : A experiência vivida. 7 ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1990. p. 482

<sup>557</sup> *Id. Ibid.*, p. 87. Sem grifo no original.

Da mesma forma, o referido autor pretende justificar a manutenção da unidade de direção familiar masculina afirmando que não houve

[...] uma modificação substancial na divisão de trabalho entre homem e mulher. Ao primeiro ainda cabe, preponderantemente, a função de sustento material da família, à segunda a sua administração interna. Se um número sempre maior de mulheres, dedicando-se a atividades econômicas fora do círculo familiar, auxilia na manutenção do casal e dos filhos, mencione-se antes uma cumulação (e não mudança) de funções.<sup>558</sup>

Por fim, Carlos David S. Aarão dos REIS arremata suas considerações aduzindo que “[...] quem mantém a casa é de direito o senhor da casa.”<sup>559</sup>

Tais afirmações sustentam-se num modelo familiar construído em torno da figura do marido-pai como chefe do grupo doméstico, onde tanto a chefia como a autoridade familiar estão relacionadas ao papel masculino de provedor.<sup>560</sup>

Uma vez alterado o modelo de família do dominante, patriarcal codificado, para outro, cujos parâmetros de constituição não observam, necessariamente, os mesmos valores, a questão chefia-sexo recebe tratamento diverso,<sup>561</sup> informado por princípios conexos àquela realidade.

A fundamentação empregada por Carlos David Aarão S. REIS, em sua leitura da igualdade na família, parte do modelo codificado e patriarcal para a ótica constitucional, sustentado pela garantia da direção unitária familiar, modelo em que

---

<sup>558</sup> *Id. Ibid.*, p. 90. A este propósito, registram Silvia PIMENTEL, Beatriz DI GIORGI e Flávia PIOVESAN que: “a maior resistência no que diz respeito à aceitação de novos papéis desempenhados pela mulher, volta-se para as mudanças nas relações familiares. Aceita-se com mais facilidade a profissionalização de um número crescente de mulheres - mesmo porque resulta de fatores determinantes econômicos inelutáveis - e até sua participação política, que embora ainda pequena é crescente. A forte resistência se volta às modificações dos desempenhos femininos que ponham em risco a moralidade da família patriarcal [...]”. (**A figura/personagem mulher em processos de família**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1993. p. 22. ).

<sup>559</sup> *Id. Ibid.*, p. 90.

<sup>560</sup> Desta forma, aduz WOORTMANN que, “se a cultura atribui a chefia ao marido-pai, concebido como ‘realização’ do princípio masculino no contexto das relações de família, a sociedade espera dele que sustente a família.” (WOORTMANN, Klaas. **A família das mulheres**. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro; Brasília : CNPq, 1987. p. 65.).

<sup>561</sup> Estudando uma comunidade pobre da periferia de Salvador denominada *Alagados*, WOORTMANN constatou que, naquele grupo, “a chefia é contingente ao papel econômico: o chefe do grupo doméstico é aquele que sustenta o grupo doméstico.” (op. cit., p. 65.) E estes, em sua maioria, eram as mulheres, contestando a correspondência entre as figuras de homem-chefe-provedor, feita por Carlos David S. Aarão REIS.

a participação da mulher casada era silenciosa e sua posição desfavorável,<sup>562</sup> com a presença ofuscada pela marcante atuação masculina.<sup>563</sup>

Diante de um redimensionamento dos papéis familiares operado pela Constituição Federal de 1988, a proteção à igualdade pôs fim ao tratamento jurídico desigualitário sem eliminar as diferenças biológicas existentes entre homem e mulher.<sup>564</sup>

Talvez não se trate de afirmar a igualdade mas, ao contrário, de reafirmar a diferença, sem hierarquias, pois, “se fôssemos realmente todos iguais, não seria possível, ou mesmo necessário, falar dessa igualdade.”<sup>565</sup>

Ademais, a tese sustentada por Carlos David S. Aarão REIS pode conduzir à conclusão de que, embora a Constituição Federal seja hierarquicamente superior e posterior, não teve ela força suficiente para modificar o modelo de família desenhado pelo Código Civil brasileiro.

---

<sup>562</sup> Neste sentido, aduz Carlos David S. Aarão REIS que a incapacidade da mulher não existia em razão de seu sexo mas sim motivada pelo casamento: “[...] é portanto o casamento uma causa de diminuição da capacidade jurídica da mulher, e este efeito é perfeitamente explicável...” (op. cit., p. 09) Segundo ele, isto decorre da diversidade de funções que os consortes são chamados a exercer, especialmente pelo fato da desigualdade existente nas relações familiares. “E, de qualquer modo, tal incapacidade relativa era (e é) de proporções mínimas, como lembra Alcino Pinto Falcão.” (op. cit., p. 09). A incapacidade relativa da mulher casada servia como meio de sustentação do modelo patriarcal, uma vez que, desta forma, a vontade do marido tinha prioridade. Este era um dos pontos de sustentação da desigualdade entre os cônjuges, uma afronta clara à dignidade dos sujeitos da família, que somente podia ser justificável no modelo codificado. Uma vez sendo este alterado, as afirmações não mais se sustentam.

<sup>563</sup> José SARAMAGO ilustra, magnificamente, qual era o lugar da mulher num tempo onde a sociedade era masculina: “Maria vai à sinagoga, entra pela porta lateral, que a lei impõe às mulheres, e se, é um supor, lá se encontram ela e trinta companheiras, [...] ainda assim terão de esperar que cheguem ao menos dez homens para que o serviço do culto, em que só como passivas assistentes participarão, possa ser celebrado. Ao contrário de José, seu marido, Maria não é piedosa nem justa, porém não é sua a culpa dessas mazelas morais, a culpa é da língua que fala, senão dos homens que a inventaram, pois nela as palavras justo e piedoso, simplesmente, não têm feminino.” (SARAMAGO, José. **O evangelho segundo Jesus Cristo**. São Paulo : Companhia das Letras, 1991. p. 31, sem grifo no original).

<sup>564</sup> Ao que parece, esta dimensão da igualdade levou Antunes VARELA a afirmar que “da antiga tese *machista*, duramente combatida pelos movimentos feministas, se acabou por cair numa concepção do casamento como sociedade *assexuada*, a que só falta associar-se a Natureza, distribuindo alternadamente pela mulher ... e pelo marido o encargo de dar à luz.” (op. cit., p. 55) E prossegue o autor: “O casamento passou assim a ser alérgico a qualquer distribuição de funções, ainda que só a título supletivo, entre os nubentes.” (op. cit., p. 55.). Diante desta posição, é de se questionar onde reside a proteção à dignidade dos sujeitos homem ou mulher, se previamente seus papéis estão estabelecidos. E se pode ir adiante, questionando de que maneira o crescimento e o desenvolvimento pessoal podem conviver com a falta de liberdade de escolha própria.

<sup>565</sup> PEREIRA, Rodrigo. **Direito...**, p. 107.

Entretanto, é de se observar que as normas constitucionais que regulamentaram as relações de família e seus princípios informadores podem ser classificadas como *normas constitucionais definidoras de direito*,<sup>566</sup> de forma que, uma vez presentes numa Constituição Federal, adquirem um caráter cogente, passível de ser exigido por todos aqueles que concretamente se encontram na posição descrita.<sup>567</sup>

É imperativo que as novas orientações constitucionais sobre as relações de família e da tutela de seus sujeitos passe a ser o norte de todas as reflexões pertinentes ao tema. Abridados nos princípios constitucionais, os papéis desempenhados pelo homem, pela mulher e pelos filhos passam a ser compostos tendo em vista a dignidade e a realização pessoal de cada membro da família, entendido individualmente e inserido no grupo familiar.

Desta forma, o homem é deslocado da solitária chefia da sociedade conjugal para a atuação compartilhada com a mulher,<sup>568</sup> que tem seu campo jurídico de atuação alargado.

O homem deixa de ser o senhor da casa para se tornar mais um membro da família, ao lado da mulher e dos filhos, numa relação de recíproco respeito,

---

<sup>566</sup> A classificação adotada é aquela apresentada por Luis Roberto BARROSO segundo quem o conteúdo das normas constitucionais definidoras de direitos compreende três grandes categorias: os direitos políticos, os direitos sociais e os direitos individuais - sendo que nesta categoria se localiza a igualdade -. Duas outras categorias de normas constitucionais podem ser encontradas: as normas de organização, que tem por objetivo organizar o exercício do poder político; e as normas programáticas, que traçam os fins públicos a serem alcançados pelo Estado. (**O direito...** p. 92 e seguintes).

<sup>567</sup> A aplicabilidade imediata do princípio da igualdade foi sustentada por Rodrigo da Cunha PEREIRA nos seguintes termos: "Apesar das opiniões divergentes sobre a auto-aplicabilidade ou não desses revolucionários dispositivos constitucionais, preferimos ficar ao lado daqueles que têm o entendimento de sua imediata aplicação, pela simples lógica de que não faz sentido estabelecer leis complementares para dizer onde está a igualdade, já que ela está em todos os direitos. Se fosse o contrário, ou seja, se a norma estabelecesse diferenças, aí, sim, haveria necessidade de complementação para dizer quais seriam as diferenças." (op. cit., p. 88.). Sérgio Gischkow PEREIRA posicionou-se em sentido idêntico: "Não tenho dúvida sobre a imediata incidência do comando constitucional que impõe a igualdade no exercício de direitos e deveres durante a sociedade conjugal. A norma constitucional é claríssima e se apresenta de maneira que não deixa espaço para se sustentar a necessidade de regulamentação ou de leis modificativas do Código Civil e outros diplomas legais [...]. É um problema puramente de interpretação de textos normativos." (Algumas ..., p. 117.).

<sup>568</sup> A utilização das expressões homem e mulher é proposital, uma vez que a igualdade já se refere ao momento pós-constitucional, onde todas as formas de comunidade familiar estão protegidas.

norteado pela igualdade e pela tutela da dignidade. Opera-se a valorização das pessoas em lugar do grupo<sup>569</sup> ou da necessidade de um vínculo jurídico.<sup>570</sup>

E os reflexos das modificações dos papéis dos sujeitos da família se fizeram sentir em todas as relações de família, o que pode ser detectado nas tendências apresentadas pela guarda dos filhos, informadas pelas transformações constitucionais.

## 5 O ESPAÇO DOS FILHOS

Acerca do papel dos filhos, pode se observar que o legislador civil de 1916 não trilhou o mesmo caminho adotado para os cônjuges.

O silêncio que envolveu o sujeito-filho, tomado em si mesmo, aponta para a visão adulto centrista que tinha a família codificada.<sup>571</sup> Um expressivo indicativo desta ótica é a questão da legitimidade que os categorizava a partir da espécie de relação jurídica presente - ou ausente - entre os pais.

A pluralidade de possibilidades de filiação também predeterminava os lugares na família jurídica: à frente os filhos legítimos, seguidos dos naturais, que podiam ser legitimados com o casamento dos pais, e dos adotados. Na platéia, ao

---

<sup>569</sup> Como bem aduz Paulo Luiz Neto LOBO, a “restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da expressão da afetividade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade.” (op. cit., p. 72.).

<sup>570</sup> É de se questionar, dentro deste contexto, a manutenção dos atuais contornos da figura do *curador ao vínculo* nos casos de nulidade de casamento, cuja regulamentação está presente no artigo 222 do Código Civil brasileiro. O objetivo de sua existência é atuar na proteção da manutenção do vínculo conjugal, o que bem revela a prioritária proteção da instituição casamento, em detrimento das pessoas que estão por ele ligados. Não é uma crítica infundada, pois visa refletir sobre a manutenção deste mecanismo de proteção ao matrimônio num modelo de família plural, onde a valorização dos sujeitos é elemento central. Neste sentido, há que concordar com o professor Paulo Luiz Neto LOBO: “O interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado, e das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social.” (Op. cit., p. 74)

<sup>571</sup> LEITE, op. cit., p. 183.

fundo, os filhos espúrios, que, como espectadores, acompanhavam o desenvolvimento das relações familiares que tinham lugar na cena jurídica.<sup>572</sup>

Idêntica perspectiva orientou o tratamento jurídico da guarda, que colocou os filhos quase num papel de espectador do próprio destino, decidido através da relação conjugal. Isto, é claro, quando os pais eram casados. Caso não o fossem, em nada melhorava sua situação pois, ainda assim, não interferiam na decisão de sua guarda, já prevista em lei.

A lei 6.515/77 não promoveu significativas alterações legais no que tange à guarda, uma vez que a manteve ligada à relação conjugal. Entretanto, a gradual modificação de visão no pátrio poder, a ponto de permitir vê-lo mais como uma autoridade parental, operou, e continua operando, profundas alterações nas relações paterno-filiais.

Agregando a esta a modificação de paradigmas que teve lugar com a Constituição Federal de 1988, cuja nota dominante reside na proteção à dignidade e na conseqüente valorização das pessoas, também o papel dos filhos surge renovado.<sup>573</sup> Não existe mais um único protagonista no meio jurídico familiar, pois a dignidade não distingue sexo<sup>574</sup> ou idade. No modelo jurídico constitucionalizado de família, cada sujeito é o protagonista de sua própria história.

O crescimento do papel do filho pode ser observado no exame da guarda. Partindo de um modelo que privilegiava as disposições legais, chega-se a outro, repersonalizado, onde o destaque é dado à pessoa, registrado por Orlando de CARVALHO:

---

<sup>572</sup> Sobre o tratamento jurídico da filiação extramatrimonial anterior à Constituição federal de 1988, ver: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A paternidade fora do casamento : Análise e crítica do estatuto vigente no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 1987.

<sup>573</sup> Registra José Antônio Peres GEDIEL que, com a Constituição Federal, “[...] o núcleo da família assenta-se na solidariedade material e afetiva, para assegurar a todos e, especialmente, à criança e ao adolescente, uma vida materialmente digna e emocionalmente sadia (caput do art. 227 da CF). Mas não é só a família que tem sua concepção alterada e seus direitos assegurados pelo novo texto constitucional. Seus membros, sobretudo os filhos [...], receberam tratamento especial, face à peculiaridade do seu estágio de desenvolvimento, enquanto pessoas humanas, sujeitos de direito.”(A adoção na legislação brasileira. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 1989. p. 95.).

<sup>574</sup> Sobre o tema, ver artigo de CARBONERA, Silvana Maria. **Dignidade não distingue sexo**, publicado no caderno Direito e Justiça do jornal O Estado do Paraná, em 24 de maio de 1998.



É esta valorização do poder jurisdicional do homem comum - sensível quando, como no direito dos negócios, a sua vontade faz lei, mas ainda quando, como no direito das pessoas, a sua personalidade se defende, ou quando, como no direito das associações, a sua sociabilidade se reconhece, ou quando, como no direito de família, a sua afetividade se estrutura, ou quando, como no direito das coisas e no direito sucessório, a sua dominialidade e responsabilidade se potencializam - , é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do direito civil o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples. [...] Restaurar a primazia da pessoa é assim o dever número um de uma teoria do direito que se apresente como teoria do direito civil...

<sup>575</sup>

A primazia do sujeito na condição de filho vem revestida de promoção de seu interesse, examinada cada situação específica, onde a busca de uma decisão acerca da guarda passa essencialmente pelo exame das condições pessoais na relação paterno-filial.

O filho deixa de somente sentir os efeitos da escolha do guardião para fazer parte dela. Este é um dos reflexos da alteração do paradigma que informa as relações adulto-criança: “do Direito Tutelar, caracterizador da ‘doutrina da situação irregular’, para um Direito Protetor-responsabilizador, da ‘doutrina da proteção integral’.”<sup>576</sup>

A doutrina da situação irregular, que tinha no revogado Código de Menores<sup>577</sup> sua expressão legislada, tinha uma aplicação restrita, determinada principalmente pela condição de irregularidade de pessoas com menos de 18 anos.<sup>578</sup> Assim, seus efeitos não se faziam sentir, em princípio, no meio familiar, *locus* da criança em situação regular.

Com a aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança pela Assembleia das Nações Unidas, em 1989, ingressou no universo jurídico a Doutrina da Proteção Integral<sup>579</sup> que, junto aos valores inscritos na Constituição Federal de 1988, informaram o conteúdo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

<sup>575</sup> CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica** : Seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra : Centelha, 1981. p. 92.

<sup>576</sup> VERONESE, op. cit., p. 09.

<sup>577</sup> Trata-se da Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979.

<sup>578</sup> Tal era a orientação contida em seus artigos 1º e 2º.

Um de seus pontos de destaque é o aumento da área de abrangência, expressamente delimitada pelo artigo 1º e reforçada no artigo 3º. Desta forma, rompe-se a barreira que separava o filho, protegido pelas relações de família, do *menor*, tutelado por diploma legal próprio.

Por conseguinte, toda criança e todo adolescente têm garantidos, além dos direitos fundamentais que têm como pessoa, outros, “próprios e especiais e que, em razão de sua condição específica de pessoa em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral”.<sup>580</sup>

O reflexo se faz sentir tanto nas relações paterno-filiais como na guarda e em seu estabelecimento. A criança ou o adolescente, enquanto desempenhando o papel de filho, tem no Estatuto um padrão a ser observado, que traz consigo um conjunto de direitos fundamentais específicos, a serem garantidos ininterruptamente.

Desta sorte, a decisão acerca do destino dos filhos, examinada sob a perspectiva da valorização deste papel familiar, não mais pode ser feita de forma mecânica sob pena de ofensa a sua dignidade, bem como a dos demais sujeitos que fazem parte do mesmo grupo familiar.<sup>581</sup>

Diante das metamorfoses por que passou o modelo jurídico de família, cujos reflexos se fazem sentir em todas as relações que nela se desenvolvem, a alteração do conteúdo e da forma de desempenho de seus papéis provocaram na guarda e em seu estabelecimento uma mudança de rumo.

A direção a ser seguida é a do exame de cada caso concreto, levadas em conta as aptidões pessoais dos genitores e as condições de cada filho, procedendo a uma efetiva valorização dos sujeitos da família, de seus sentimentos, de suas vontades, sem um prejulgamento que ofenda a dignidade, permitindo que cada um desempenhe seu papel de forma livre, na busca da realização pessoal e da felicidade.

---

<sup>579</sup> VERONESE, op. cit., p. 12-3.

<sup>580</sup> *Id. Ibid.*, p. 13.

<sup>581</sup> Se a realização pessoal de um dos sujeitos da família implica, por via reflexa, na realização dos demais, a ofensa à dignidade produz efeito idêntico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, é preciso explicar o motivo de não ser esta uma conclusão. Fiel à provocação inicial, um “espaço para reflexões”, mesmo que num formato de dissertação, não pode ter um ponto final; talvez reticências...

Os dois atos que precederam o exame da guarda propriamente dita, servem-lhe de pano de fundo, revelando dois momentos jurídicos distintos da família e de seus sujeitos-personagens. Do cotejo entre ambos, destacam-se questões que têm apontado para a necessidade de novas reflexões.

A fuga de alguns temas do âmbito do Código Civil e seu refúgio em diplomas legais específicos, cuja elaboração foi provocada para atender a transformações na realidade vivida.

Fragmenta-se, com isto, a estrutura construída em 1916, precisamente porque o modelo de família que regulamentava já havia se alterado e outros, então ignorados juridicamente, passaram a buscar ingresso nesta esfera.

Crise na família? Crise da Família? Ou a “mutação de conceitos básicos, estruturando o organismo familiar à moda do tempo”,<sup>582</sup> do seu tempo, mais precisamente do século XIX?

A fragmentação do modelo jurídico de família acabou por alterar sua forma anterior, de certa maneira revelando-a insuficiente frente às significativas transformações sociais: a industrialização, o ingresso da mulher no mercado de trabalho, a tomada de consciência da necessidade de concreta proteção aos sujeitos reais mais fracos.

À Constituição Federal, então, foi atribuída a função de reorganizar, de modo geral, a ordem jurídica. Como uma argamassa, rejuntando as variadas transformações sociais à regulamentação jurídica correspondente, permitindo o

---

<sup>582</sup> PEREIRA, Caio. Op. cit., p. 02.

expresso ingresso de algumas relações sociais, vedando-o a outras. Como resultado, tem-se um grande mosaico, multicolor e de certa forma harmônico, onde vários grupos familiares coexistem.

Destaca-se uma nota comum: a proteção prioritária dos sujeitos da família. A valorização destes, que no segundo ato se revela através do respeito às opções pessoais e em termos constitucionais, encontra respaldo na tutela da dignidade, atua como um cimento, que torna o rejunte mais sólido e, de certa forma, homogêneo.

Esta restauração da primazia da pessoa com sua recondução ao centro das preocupações jurídicas,<sup>583</sup> vale dizer, esta repersonalização, se faz sentir na esfera familiar com a tutela prioritária à pessoa. Por conseguinte, tem-se uma remodelação dos conteúdos dos papéis familiares, que deixam a inflexibilidade característica da família do primeiro ato para, no segundo ato, conter liberdade, respeito às habilidades e aptidões naturais dos sujeitos, às suas características específicas, desejos, sentimentos.

Na guarda de filhos, este processo de modificações passa por vários momentos. Até a Constituição Federal de 1988, com a restrição da tutela às famílias matrimonializadas, questões acerca da guarda de filhos estavam, em princípio, atreladas ao fim do casamento.

Nos moldes da Lei 6.515/77, a atribuição da guarda respeitava o conteúdo dos papéis familiares codificados. Desta forma, o juiz poderia examinar a questão do comportamento do cônjuge enquanto tal, e, a partir dele, prejudicar a relação paterno-filial, diversa no que diz respeito ao objeto e aos sujeitos. Por via reflexa, o elemento causador do fim da relação conjugal se fazia sentir na relação de filiação.

O artigo 13, que priorizava o interesse do filho e abria ao julgador a possibilidade de deslocar o exame do casamento para o vínculo paterno-filial, tinha sua aplicação condicionada, como resta claro de sua redação: **se houver motivos graves**. Trata-se, portanto, de uma exceção, assentada na conjugação de dois aspectos: os motivos graves e o bem dos filhos.

---

<sup>583</sup> CARVALHO, op. cit., p. 92.

Desta forma, as decisões acerca da guarda estavam atreladas às pertinentes ao vínculo conjugal e o filho, que sequer participava desta relação, sentia os efeitos de sua dissolução através da determinação de seu destino.

Com a alteração de paradigma provocada pela Constituição Federal, concretizou-se uma ruptura no unitarismo familiar codificado, o que produziu efeitos que interessam à guarda.

Uma vez alargada a proteção a famílias não matrimonializadas, o casamento deixa de ser a única forma de sua constituição. Com isto, já não se pode mais sustentar que a origem da autoridade parental encontra-se no matrimônio. Se assim for, onde nasce a autoridade parental nas demais famílias? Se a resposta for no vínculo paterno-filial, então tem-se um problema que diz respeito à igualdade entre filhos, que impede qualquer tratamento jurídico diferenciado em razão da condição dos genitores.

E esta violação ao princípio constitucional se prolonga. A manutenção da diversidade de tratamento implica em aplicar as disposições da Lei 6.515/77 aos filhos matrimoniais; aos não matrimoniais talvez o artigo 16 do Decreto-lei 3.200/41.

Ocorre que ambos não tutelam prioritariamente a pessoa do filho, uma vez que as decisões que nelas se assentam tomam como parâmetro os pais. Ofende-se, com isto, a dignidade daqueles, que não têm controle na determinação de seu destino.

A resposta a esta situação reside no deslocamento do filho para o centro de atenção de todas as relações jurídicas em que for parte, garantido com isto o respeito a alguns dos direitos fundamentais a ele garantidos pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esta tutela prioritária, na seara da guarda, bem com da autoridade parental, se reveste de busca ao interesse do filho: dar condições àquele que está abrigado nos institutos protetivos de transitar na esfera jurídica da forma que lhe for mais segura, buscando seu desenvolvimento pleno como pessoa, através da mais completa educação.

Outra faceta deve ser destacada. A valorização do sujeito, nesta perspectiva, implica em buscar, *individualmente*, o interesse de cada filho. Desta sorte, o exame de cada caso concreto é indispensável. Por conseguinte, a relação

paterno-filial e suas condições específicas é que devem ser objeto de decisão, sem que o estado civil dos pais venha interferir diretamente.

Não significa negar a relação entre o fim do casamento ou da união e a necessidade de decidir o destino dos filhos nascidos daquela relação. A ruptura da união certamente provoca alterações nas condições concretas dos filhos, uma vez que deixarão de morar com ambos os genitores para permanecer constantemente com um deles.

O que ofende os princípios constitucionais que orientam as relações de família é decidir a qual genitor será atribuída a guarda, tendo como base o elemento motivador da ruptura da sociedade conjugal ou outro elemento exclusivamente a ela relacionado. E tais princípios devem envolver todas as decisões acerca da guarda, visando prioritariamente a tutela do filho.

Infere-se, também, que os padrões de papéis familiares passaram por significativas transformações, consolidadas pela Constituição Federal de 1988, que abriu maior espaço de atuação à *pessoa gente* em detrimento do *sujeito confortável* que habita o Código Civil brasileiro.

Os papéis conjugais tornaram-se mais flexíveis, afastando a ocupação de lugares pré-determinados pela lei através da garantia da liberdade e da dignidade.

O papel desempenhado pelos filhos na família codificada também foi remoldado pelos valores constitucionais. Abrigado na valorização do sujeito e de sua dignidade, da qual decorre a garantia à igualdade, os filhos, qualquer que seja a família-origem, tem tutela prioritária face a situação peculiar em que se encontram: pessoa em desenvolvimento.

“Valorizada a pessoa, valorizados também seus sentimentos e interesses.”<sup>584</sup> A extensa tutela ao vínculo cede parte de seu espaço aos sujeitos. A busca da realização pessoal e afetiva se sobrepõem à excessiva preocupação com o aspecto jurídico.

Com efeito, “Felicidade e afeto demarcaram seu espaço na noção jurídica de família em todas as esferas, a exemplo do que já havia acontecido na realidade social.”<sup>585</sup>

---

<sup>584</sup> CARBONERA, O papel..., p. 291.

<sup>585</sup> *Id. Ibid.*, p. 291.

Com a constante reconstrução das relações sócio-jurídicas de família, associadas a tantas outras, o segundo ato tem seqüência: não se sabe qual será seu desfecho, e, tampouco, se haverá um...

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata de **“O direito”**, Rio de Janeiro, ano 126, p. 63-81, 1994.
- 2 \_\_\_\_\_. Descodificação do direito civil. XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Fortaleza, 1997. 1 CD-Rom.
- 3 \_\_\_\_\_. **Direito civil** : Introdução. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- 4 ANDRADE, Manoel A. Domingues. **Teoria geral da relação jurídica** : Sujeitos e objecto. Coimbra : Almedina, 1992. v. 1.
- 5 ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada** : Exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro : Aide, 1992.
- 6 BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado** : O mito do amor materno. 8. ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1985.
- 7 BARBOSA, Águida Arruda. O direito de família e a mediação familiar. In.: **Direito de família e ciências humanas**. Caderno de estudos n.º 1. São Paulo : Jurídica Brasileira, 1997. p. 23-32.
- 8 BARROS, Fernanda Otoni de. Interdisciplinaridade : Uma visita ao tribunal de família - Pelo olhar da psicanálise. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família contemporâneo** : Doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 781-835.
- 9 BARROSO, Luis Roberto. Princípios constitucionais brasileiros : Ou de como o papel aceita tudo. **Revista Jurídica THEMIS**, Curitiba, n. 7, p. 17-40, out. 91.
- 10 \_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** : Limites e possibilidades da constituição brasileira. 3. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.

- 11 BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo** : A experiência vivida. 7 ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1990.
- 12 BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro : Rio, 1976.
- 13 BIANCA, Massimo. Art. 6º. **Commentario al diritto italiano della famiglia**. Padova : CEDAM, 1993. Tomo sexto. p. 372-389.
- 14 BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de filhos**. 2. ed. São Paulo : LEUD, 1981.
- 15 BRASIL. Lei n.º 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil. 49. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- 16 \_\_\_\_\_. Lei n.º 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil. Anotado pelo Dr. João Luiz Alves. Rio de Janeiro : F. Briguiet e Cia. 1917.
- 17 \_\_\_\_\_. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- 18 \_\_\_\_\_. Decreto-lei n.º 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. 49. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- 19 \_\_\_\_\_. Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada (Estatuto da Mulher Casada). 49. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- 20 \_\_\_\_\_. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- 21 \_\_\_\_\_. Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. 49. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- 22 \_\_\_\_\_. Lei n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. 40. ed. São Paulo : Saraiva, 1990.
- 23 \_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. 18. ed. atual. ampl. São Paulo : Saraiva, 1998.
- 24 \_\_\_\_\_. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. 49. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- 25 \_\_\_\_\_. Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. 49. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.



- 26 \_\_\_\_\_. Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º da Constituição Federal. 49. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- 27 \_\_\_\_\_. Projeto de Lei da Câmara n.º 118, de 1984 (n.º 634, de 1975, na Casa de origem). Diário do Senado Federal, Suplemento, Brasília, 11 de dezembro de 1997.
- 28 BROUSSARD, Domênico Corradini. Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental. **Revista da faculdade de direito**, ano 30, n. 30, p. 11-24. 1998.
- 29 CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 2. Ed. ver. ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- 30 \_\_\_\_\_. **Divórcio e separação**. 6. ed. 2ª tiragem. São Paulo : Revista dos Tribunais, [s. d.].
- 31 CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In.: FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 273-313.
- 32 \_\_\_\_\_. **Reflexões acerca do consentimento informado de incapazes em intervenções médico-cirúrgicas e pesquisas biomédicas**. Monografia apresentada como requisito parcial de avaliação na disciplina de Instituições Fundamentais de Direito Civil, ministrada pelo Professor José Antônio Peres Gediel, 1996. 19p.
- 33 \_\_\_\_\_. Dignidade não distingue sexo. **O estado do Paraná**, Curitiba, 24 de maio de 1998.
- 34 CARVALHO, Orlando. **A teoria geral da relação jurídica** : Seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra : Centelha, 1981.
- 35 CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988. v. 1.
- 36 CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In.: FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 31-56.
- 37 DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo : Dialética, 1997.
- 38 DEVOTO, Giacomo; OLI, Gian Carlo. **Dizionario della lingua italiana**. 23. ed. Firenze : Le Monier, 1989.
- 39 DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. In.: **Repertório IOB de Jurisprudência**. 15/97, caderno 3, p. 229-301.

- 40 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 11 ed. aument. Atual. São Paulo : Saraiva, 1996. v. 5.
- 41 \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 1989. v. 1.
- 42 ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1983.
- 43 FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade** : Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
- 44 \_\_\_\_\_. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1992.
- 45 \_\_\_\_\_. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. In.: **Jurisprudência brasileira**. Curitiba : Juruá, 1994. v. 172. p. 45-50.
- 46 \_\_\_\_\_. Em nome do pai : Estudo sobre o sentido e o alcance do *lugar jurídico* ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Direito de família contemporâneo** : Doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 585-604.
- 47 \_\_\_\_\_. O direito civil exilado. **Revista de Estudos Jurídicos**, Curitiba, v. III, n. 1, p. 113-122, ago. 96.
- 48 \_\_\_\_\_. O avesso da mulher no direito. **Cadernos da Pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, ano I, n. 1, p. 87-96, set. 95.
- 49 \_\_\_\_\_. **Elementos críticos do direito de família** : Curso de direito civil. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- 50 FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, investigação de paternidade e concubinato**. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- 51 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. aument. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986.
- 52 GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnologia, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In.: FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 57-85.
- 53 \_\_\_\_\_. A adoção na legislação brasileira. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 1989.
- 54 GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador : Publicações da Universidade da Bahia, 1958.

- 55 \_\_\_\_\_. **Direito de família**. 11 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- 56 \_\_\_\_\_. **Introdução ao direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- 57 GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 1986.
- 58 ITALIA. Regio Decreto n. 262, 16 marzo 1942 - XX. Codice Civile. Bologna : Zanichelli, 1997-98.
- 59 ITALIA. Legge 898, 1º dicembre 1970. Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio. Bologna : Zanichelli, 1997-98.
- 60 LAGRATA NETO, Caetano. Solidão e limbo. In.: **Revista dos Tribunais**, n. 660, p. 53-56.
- 61 LAZARUS, Ricahrd S.; MONAT, Alan. **Personalidade**. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro : Zahar, 1984.
- 62 LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais** : A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- 63 LINTON, Ralph. **O homem** : Uma introdução à antropologia. 11. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1981.
- 64 LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In. **O direito de família e a constituição de 1988**. Org. BITTAR, Carlos Alberto. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 53-83.
- 65 MARRACCINI, Eliane Michelini; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda de filhos : Algumas diretrizes psicanalíticas. **Revista dos Tribunais**, 716, p. 346-357, jun. 95.
- 66 MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. São Paulo : EDUSP, 1974. v. 1.
- 67 MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira : Do sujeitos virtual à clausura patrimonial. In.: FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 87-114.
- 68 MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Lisboa : Estampa, 1989.
- 69 MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. **Archives de Philosophie du Droit**, 131, 1975. p. 127-136.

- 70 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. 3 ed. São Paulo : Max Limonad, 1947. v. I - Direito matrimonial.
- 71 \_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**. 3 ed. rev. aum. Rio de Janeiro : Forense, 1997. Tomo V.
- 72 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** : Direito de família. 32 ed. rev. São Paulo : Saraiva, 1995.
- 73 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In.: **Temas de direito processual** : Terceira série. São Paulo : Saraiva, 1984.
- 74 MOURA, Mário Aguiar. Guarda de filho menor. In. **AJURIS**, Porto Alegre, n.19, p. 14-33, jul. 80.
- 75 MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. In.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Direitos de família e do menor**. 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 69-81.
- 76 \_\_\_\_\_. O direito de família na solução dos litígios. Conferência proferida no XII Congresso Brasileiro de Magistrados, Belo Horizonte, 14-16 nov. 1991.
- 77 NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: Um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In.: BARRETO, Vicente (org.) **A nova família: Problemas e perspectivas**. Org. Vicente Barreto. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 127-168.
- 78 OLIVEIRA, Aluísio Pires de. **A obrigação de indenizar a cargo dos genitores** : Responsabilidade civil pelos atos danosos dos filhos menores. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. 1996.
- 79 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A tutela de urgência e o direito de família**. São Paulo : Saraiva, 1998.
- 80 OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, visitação e busca e apreensão de filho**. Rio de Janeiro : Destaque, s. d.
- 81 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** : Direito matrimonial. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1990.
- 82 OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, tutela e adoção**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1997.
- 83 PARANÁ. Lei n.º 7.297, de 08 de janeiro de 1980. Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Paraná. 3. ed. Curitiba : JM, 1997.

- 84 PASTOR, Milagros García. **La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven** : Aspectos personales. Madrid : McGraw-Hill, 1997.
- 85 PELUSO, Antônio Cezar. O menor na separação. In.: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre direito de família** : Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 20-41.
- 86 PENTEADO, Jaques de Camargo. **A família e a justiça penal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- 87 PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial**. Comentários à Lei 6.515/1977 à luz da Constituição de 1988, com as alterações das Leis 7.841 e 8.408-92 : Doutrina, legislação, jurisprudência, direito comparado. 9. ed. atual ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- 88 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** : Direito de família. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v. 5.
- 89 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família** : Uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.
- 90 \_\_\_\_\_. Direito de família e psicanálise : Ensaio para uma proposta interdisciplinar. **Revista de direito civil**, n. 64, ano 11, p. 68-77.
- 91 PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. In.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor** : Inovações e tendências - doutrina e jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 117-132.
- 92 \_\_\_\_\_. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. In.: **AJURIS**, Porto Alegre, n. 36, p.53-64, março 86.
- 93 PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente** : Uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.
- 94 \_\_\_\_\_. Infância e adolescência: Uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. In.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de família e do menor** : Inovações e tendências - doutrina e jurisprudência. 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 299-318.
- 95 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil** : Introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- 96 PERROT, Michelle. Funções da família. In. **História da vida privada** : Da revolução francesa à primeira guerra. 5ª reimp. São Paulo : Companhia das Letras, 1991. v. 4.

- 97 PIMENTEL, Silvia; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. **A figura/personagem mulher em processos de família**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1993.
- 98 PIMENTEL, Wellington Moreira. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975. v. 3.
- 99 PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. actual. Coimbra : Coimbra, 1994.
- 100 PINHEIRO, Eduardo Bezerra de Medeiros. Guarda : Dos requisitos à sua concessão e outros temas. **Revista do curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, vol. 24, n. 1-2, p. 139-154, 1995.
- 101 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Ensino jurídico na graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico. In.: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 211-54.
- 102 RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In.: FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 03-29.
- 103 \_\_\_\_\_. A paternidade fora do casamento : Análise e crítica do estatuto vigente no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 1987.
- 104 REIS, Carlos David S. Aarão. **Família e igualdade** : A chefia da sociedade conjugal em face da nova constituição. Rio de Janeiro : Renovar, 1992.
- 105 ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. 2. ed. São Paulo : LEUD, 1978.
- 106 RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** : Direito de família. 21. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1995. v. 6.
- 107 \_\_\_\_\_. **O divórcio e a lei que o regulamenta**. São Paulo : Saraiva, 1978.
- 108 SÁ, Andréa Alves de. Limites e possibilidades do sujeito de direito : Comparação entre a teoria e a prática. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. IV, n. 1, ago. 97. p. 233-246.
- 109 SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça** : Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1986.
- 110 SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. São Paulo : Saraiva, 1985-1986.

- 111 SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado** : Direito de família. 12 ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1989. v. VI.
- 112 SANTOS, Milton. **Técnica, espaço, tempo** : Globalização e meio técnico-científico informacional. 3. ed. São Paulo : Hucitec, 1997.
- 113 SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 16. ed. rev. atual. São Paulo : Saraiva, 1997. v. 3.
- 114 SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- 115 SARAMAGO, José. **O evangelho segundo Jesus Cristo**. 15<sup>a</sup> reimpressão. São Paulo : Companhia das Letras, 1991.
- 116 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo : Malheiros, 1998.
- 117 SILVA, Ovídio Araujo Batista da. **Curso de processo civil** : Processo de conhecimento. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1987.
- 118 SOTTOMAIOR, Maria Clara, **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio** : De acordo com as alterações ao código civil introduzidas pela Lei 84/95, de 31 de agosto. Coimbra : Almedina, 1997.
- 119 SOUZA, Lourival de Jesus Serejo. O tormento dos juizes de família. **Revista dos Tribunais**, 685, p. 261-263, nov. 92.
- 120 STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- 121 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações de família. In.: BARRETO, Vicente (org.) **A nova família** : Problemas e perspectivas. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 47-71.
- 122 \_\_\_\_\_. A disciplina jurídica da filiação. In.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de família e do menor** : Inovações e tendências - doutrina e jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 225-242.
- 123 \_\_\_\_\_. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Revista de Estudos Jurídicos**, Curitiba, v. VI, p. 101-114, ago. 97.
- 124 \_\_\_\_\_. O papel da culpa na separação e no divórcio. In.: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- 125 TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil**, n. 65, ano 17, p. 21-32, jul.-set. 93.

- 126 THÉRY, Irène. L'intérêt de l'enfant. In.: \_\_\_\_\_. **Le démariage** : Justice et vie privée. Paris : Odile Jacob, 1994. p. 113-58.
- 127 THOMAS, Roberto; BRUNO, Maurizio. **I provvedimenti a tutela dei minori** : Separazione, divorzio e situazioni de convivenza. Milano : Giuffrè, 1996.
- 128 TRABUCCHI, Alberto. Il diritto di famiglia. **Istituzioni di diritto civile**. 37 ed. Padova : CEDAM, 1997. p. 246-317.
- 129 \_\_\_\_\_. Il 'vero interesse' del minore e i diritti di chi ha l'obbligo di educare. **Rivista di diritto civile**, anno XXXIV, n. 6, p. 717-773 novembre-dicembre/88.
- 130 \_\_\_\_\_. Art. 147. **Commentario al diritto italiano della famiglia**. Padova : CEDAM, 1992. Tomo secondo. p. 562-646.
- 131 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos** : Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo : Saraiva, 1991.
- 132 UBALDI, Patrizia. Art. 6°. **Commentario al diritto italiano della famiglia**. Padova : CEDAM, 1993. p. 407-418.
- 133 VARELA, Antunes. **Direito da família**. 3. ed. Lisboa : Petrony, 1993. v. 1.
- 134 VERCELLONE, Paolo. Libertà dei minorenni e potestà dei genitori. **Rivista di diritto civile**, anno XXVIII, n. 6, p. 530-556, settembre-ottobre/82.
- 135 VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo : LTr, 1997.
- 136 VIANA, Marco Aurélio S.. A tutela da criança e do adolescente. In.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de família e do menor** : Inovações e tendências - doutrina e jurisprudência. 3 ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 285-297.
- 137 VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Monografia. Belo Horizonte : Faculdade de Direito da UFMG, 1980.
- 138 \_\_\_\_\_. A nova dimensão social da família. **LEMI**, n.º 149, abril de 1980. Entrevista.
- 139 VILLEY, Michel. **Direito romano**. Porto : Resjurídica, [s. d.]
- 140 WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro** : Direito de família. 11. ed. rev. ampl. Atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.



- 141 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico** : Fundamentos de uma nova cultura no direito. 2. ed. São Paulo : Alfa-Omega, 1997.
142. WOORTMANN, Klaas. **A família das mulheres**. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro; Brasília : CNPq, 1987.

**ANEXO**  
**JURISPRUDÊNCIA<sup>586</sup>**

---

<sup>586</sup> Nota explicativa: A seguir encontram-se as íntegras das decisões que foram utilizadas em vários pontos deste trabalho, dispostas cronologicamente.

Apelação Cível 10.023. (n. c.) e (n. c.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Atahide Monteiro da Silva. 19 de agosto de 1981. Revista dos Tribunais, São Paulo, 549, p. 170-172, jul. 1981.

MINISTÉRIO PÚBLICO - Audiência de instrução e julgamento - Falta de intimação - Comparecimento - Inexistência de nulidade. JUSTIÇA GRATUITA - Beneficiário - Publicação de editais na imprensa particular - Quando pode o juiz desobrigá-lo dessa providência - Aplicação do art. 232, III, do CPC. SEPARAÇÃO JUDICIAL - Guarda de filha menor - A quem competirá. DEFENSOR DATIVO - Honorários - Percepção - Inadmissibilidade.

*Ementa oficial:* A falta de intimação do representante do Ministério Público para a audiência de instrução e julgamento é irrelevante se se faz presente ao ato e nada alega sobre a omissão havida. A intervenção gerou efeito preclusivo quanto à alegação posterior de nulidade.

Se o beneficiário da justiça gratuita não pode arcar com as despesas de publicação do edital na imprensa particular, o juiz deve desobrigá-lo, bastando a publicação no “Diário Oficial”, a qual é feita sem ônus.

Na separação judicial de caráter litigioso o filho menor, por expressa disposição legal, ficará com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

Ao defensor público é vedado perceber honorários nos processos sujeitos à sua intervenção. (Lei estadual 4.029/78.)

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos os autos de apelação cível, classe II, M. 10.023: Acordam os juizes do Tribunal de Justiça, em 2ª Câmara Cível, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas anexas, à unanimidade, rejeitar todas as arguições feitas pelo recorrente. Decisão em parte conforme o parecer da Procuradoria. Custas *ex lege*. Cuiabá, 19 de agosto de 1980 - ATAHIDE MONTEIRO DA SILVA, pres. e relator.

RELATÓRIO - O *Des. Atahide Monteiro da Silva*: Da sentença que julgou procedente ação de separação judicial proposta por “A” contra “B”, com fundamento no art. 317, II, do CC, interpôs recurso de apelação o representante do Ministério Público.

Alega: a) nulidade do processo, por não ter sido intimado para a audiência de instrução e julgamento; b) inobservância do art. 231 do CPC no que concerne à publicação do edital, eis que foi este publicado apenas no “Diário da Justiça”, e não em jornal local, sabendo-se que em ... edita-se jornal, o que geraria nulidade da citação; c) omissão da sentença sobre a guarda, educação e criação de um filho menor, nascido em 15.3.63; d) descabimento da condenação da ré em honorários advocatícios, uma vez que o autor foi patrocinado pela Defensoria Pública cujo titular percebe vencimentos do Estado para atender aos necessitados.

Em contra-razão, o defensor público pede a manutenção da sentença, dizendo, em síntese, que o representante do Ministério Público oficiou em todas as fases do processo; que o apelo goze do benefício da gratuidade e os jornais do interior não fazem publicações gratuitas; e que o menor vive com o apelado havendo mero lapso da sentença no que diz respeito a com quem ficaria o mesmo após a decretação da separação.

A douta Procuradoria pronunciou-se pelo provimento parcial do recurso. À douta Revisão.

VOTO - O Des Atahide Monteiro da Silva (*relator*): 1. O digno Promotor de Justiça da comarca de ... interpôs o presente recurso de apelação da sentença proferida nos autos de separação judicial litigiosa entre partes “A” e “B”, apontando nulidades e irregularidades na tramitação do feito.

2. Improcede a alegação de nulidade do processo sob a alegação de o Promotor de Justiça não haver sido intimado para a audiência de instrução e julgamento, porque, embora ausente o ato formal de intimação esteve ele presente à audiência, assinando o respectivo termo e, inclusive, pronunciando-se, depois, a fls. sem nada alegar contra a falta de intimação.

A intervenção no ato operou efeito preclusivo quanto à alegação posterior de nulidade.

Ausente o prejuízo, também não há porque anular-se o ato (art. 249, § 1º, do CPC).

Rejeito a preliminar.

3. Também improcede a alegação de nulidade do processo pelo fato de o edital de citação da ré haver apenas sido publicado por duas vezes no “Diário da Justiça” e nenhuma em jornal local.

Realmente, o Código de Processo Civil, em seu art. 232, exige que a publicação do edital de citação se faça uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver.

Impõe-se, porém registrar e assinalar que o autor é beneficiário da justiça gratuita, patrocinada que foi a causa pela Defensoria Pública, órgão estadual incumbido de prestar assistência judiciária aos necessitados.

O Prof. E. D. Moniz de Aragão, em “Comentários ao Código de Processo Civil”, ed. Forense. Vol. II/241, n.º 292, alvitra três hipóteses, em caso em que o autor seja beneficiário da assistência judiciária: a) o beneficiário custeia a publicação na imprensa particular; b) o Estado arca com o ônus; c) o juiz desobriga da publicação quando o assistido não a possa pagar.

A terceira é a que indica como mais justa a consentânea como o instituto da assistência judiciária e é a por nós acolhida.

Explicita o autor sua opinião: “A terceira solução parece a mais consentânea. Analisando-se-lhe o teor, ver-se-á que a Lei 1.060 fala em publicações dispensáveis, para as quais nem mesmo o órgão oficial isentará do pagamento, ao lado de outras indispensáveis. Não se construiu interpretação alguma a esse propósito. O assunto nem sequer foi abordado no trabalho que, parece, é o único existente no País.

“Assim, caberá ao juiz examinar, em primeiro lugar, se o assistido pode pagar a publicação do edital na imprensa particular. Se puder, determiná-lo-á; se não puder desobrigá-lo-á.”

“No sentido de dispensa da publicação no órgão particular, bastando a do órgão oficial, pronunciou-se a Justiça carioca; em contrário, a paulista. A razão parece estar, indubitavelmente, com a primeira. Se o assistido não pode pagar, não se há de exigir-lhe a despesa, pois equívale a lhe denegar justiça, com infração manifesta aos arts. 8º e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e à Constituição Federal”.

Ao adotar esse entendimento, rejeito a alegação de nulidade do processo, por considerar bastantes as publicações feitas no “Diário da Justiça”.

4. Quanto à alegação de a sentença ter sido omissa quanto à guarda do filho menor, nascido em 16.3.63, deveria o ilustre Representante do Ministério Público opor embargos declaratórios (art. 464, II, do CPC), oportunizando-se ao Juiz suprir a omissão.

Já que não o fez, nem por isso se irá anular a sentença, eis que o filho se encontra sob a guarda paterna havendo, ainda, expressa disposição legal no sentido de que, “na separação judicial (litigiosa), os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa” (art. 10 da Lei 6.515, de 26.12.77); e, no caso dos autos, a culpa recaiu sobre a ré, que abandonou o lar.

Mesmo omitindo a sentença esse pormenor, continuará, por força de lei, o menor sob o poder paterno.

Rejeito a arguição de nulidade.

5. Por último, insurge-se o recorrente contra a sentença por haver condenado a ré a pagar honorários de advogado, uma vez que o autor teve o patrocínio da Defensoria Pública.

Uma vez que o defensor público é funcionário público e percebe vencimentos do Estado para prestar assistência judiciária aos necessitados, é curial que os honorários advocatícios fixados pela sentença serão recolhidos aos cofres públicos, pois ao membros do Ministério Público é vedado “receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto percentagens ou custas nos processos sujeitos à sua intervenção” (Lei 4.029, de 4.12.78, redação dada ao art. 110, II, da Lei Orgânica do Ministério Público).

Nego, em suma, provimento ao recurso.

VOTO - O Des. José Vidal ( 1º revisor): Nego provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Relator.

VOTO - O Des. Benedito Pereira do Nascimento (2º revisor): Acompanho V, Exa.

DECISÃO - Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, rejeitaram todas as arguições feitas pelo recorrente. Decisão em parte conforme o parecer da Procuradoria. Custas “ex lege”.

Presidência do Des. Atahide Monteiro da Silva. Relator Des. Atahide Monteiro da Silva. Tomaram parte no Julgamento os Des. Atahide Monteiro da Silva, José Vidal e Benedito Pereira do Nascimento.

Recurso Especial 100.200-0. (n. c.) e (n. c.). Relator: Ministro Moreira Alves. 27 de setembro de 1983. Revista dos Tribunais, São Paulo, 586, p. 234-236, ago. 1984.

MENOR - Guarda - Mudança - Inadmissibilidade - Troca de meio ambiente - Prática que deve ser evitada - Recurso extraordinário não conhecido.

O menor, de regra, deve ser mantido onde está, desde que aí se encontre bem. A troca do meio ambiente deve ser evitada o quanto possível, para não causar prejuízo psíquico à criança.

*Ementa oficial;* Guarda de filho menor. Inexistência de negativa de vigência do art. 13 da Lei 6.515/77. Falta de prequestionamento das questões relativas aos arts. 15 da Lei 6.515/77, 384 do CC e 83 do Decreto-lei 3.345 (Súmulas 282 e 356). Dissídio de Jurisprudência não demonstrado. Recurso extraordinário não conhecido.

ACÓRDÃO - Vistos ,relatados e discutidos estes autos: Acordam os Ministros da 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso. Brasília, 27 de setembro de 1983 - Djacy Falcão, pres. - Moreira Alves, relator.

RELATÓRIO - O *Min. Moreira Alves*: É este o teor do acórdão recorrido (fls.):

“Acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, à unanimidade de votos, em dar provimento à apelação para julgar, como julgam, improcedente o pedido, condenando o requerente nas custas e honorários de advogado de Cr\$ 3.000,00.

O pedido é do pai do menor posto sob a guarda da mãe, depois da separação e divórcio do casal.

A mãe, depois de divorciada, contraiu novas núpcias no Canadá, e para lá levou seu filho.

O MM. Juiz, baseado nesse fato, julgou procedente o pedido, valendo dizer, determinou o retorno do menor ao Brasil.

A requerida apelou alegando nulidade do processo por falta de sua intimação para a audiência.

Na resposta a sustentação da sentença.

O Ministério Público opinou pela confirmação do decisório.

Posto isto. Embora a apelação trate só de nulidade, a questão meritória fica devolvida à apreciação e julgamento deste Tribunal por força do disposto no art. 515, § 1º, do CPC, por isso que o MM. Juiz proferiu sentença definitiva.

O menino, de 10 anos de idade, deve ficar com a mãe, de quem jamais se separou. Vive bem no Canadá, onde sua genitora contraiu novas núpcias depois de

divorciada, estando inclusive, cursando a “Lord Roberts School”, em cuja escola, já em 1977, estava no 3º ano, como noticia a carta de fls., sem desmentido nos autos.

O menor, de regra, deve ser mantido onde está, desde que aí se encontre bem.

A troca de meio ambiente deve ser evitada o quanto possível para não causar prejuízo psíquico à criança.

A justiça, em casos que tais, há de colocar o bem-estar do menor acima das condições emotivas dos pais

Estas as razões por que foi dado provimento à apelação.

Interposto recurso extraordinário, não foi ele admitido pelo seguinte despacho (fls.):

“Nos presentes autos da ação de procedimento ordinário de guarda de menor, que o ora recorrente ajuizou contra L.C.V., de quem se divorciara, e que o nobre Juízo singular julgou procedente (sentença de fls.) para deferir ao autor a guarda do filho do casal, a E. 1ª Câmara Cível deste Tribunal, em dando provimento à apelação (da aqui recorrida) esteada exclusivamente na arguição e julgamento, enfrentou o *meritum causae* (por força do disposto no art. 515, § 1º, do CPC) e concluiu pela improcedência do pedido exordial, fazendo-o através do v. acórdão unânime de n.º 77 (fls.), assim ementado: “Menor - Troca de guarda e responsabilidade. O menor, de regra deve ser mantido onde está, desde que aí se encontre bem. A troca de meio ambiente deve ser evitada o quanto possível para não causar prejuízo psíquico à criança”.

Irresignado ante o decidido nesta instância, Ruy Carlos Vieira manifesta o tempestivo recurso extraordinário de fls., que apoia nas alíneas “a” e “d” do texto constitucional permissivo e onde suscita, em capítulo destacado a relevância da questão federal.

Ao contrário do que sustenta a recorrida em suas razões de impugnação (fls.), entendo inaplicável *in casu* o óbice a que se reporta o n. VIII do art. 325 do Regimento Interno do colendo STF, por isso quem conquanto a rigor não cogite propriamente de estado ou capacidade da pessoa, a ação *sub judice* se me afigura como daquelas que hão de também capitular-se como ações inestimáveis ou *praejudiciales actiones*, que não estão subordinadas a qualquer avaliação nem possuem elementos materiais pelos quais se possa aferir o valor representativo de seu conteúdo, donde resultar artificial ou empírico o valor que se lhes dê em mera atenção à exigência fiscal e para efeito do pagamento da taxa judiciária.

Ainda que assim o recorrente lograsse obviar ao referido veto regimental, não me parece que o apelo raro intentado reuna condições que lhe propiciem prosperar.

É que, dos preceitos de legislação federal apontados como vulnerados, ao inserto no art. 13 da Lei 6.515/67 o arresto imprecado não negou vigência, senão lhe deu interpretação razoável e condizente à realidade fática do contraditório; e os consagrados nos arts. 15 da Lei 6. 515/77, 384 do CC brasileiro e 83 do Decreto-lei 3.345/38 não constituem matéria de que haja cuidado o *decisum* desta Casa, tendo o insurgente descurado de opor-lhe embargos declaratórios para configurar o indeclinável prequestionamento.

À vista dos motivos aduzidos, brota como igualmente inservível o alegado dissídio pretoriano, a que falta efetiva comprovação: entre os julgados trazidos a confronto, os em que a transcrição se cinge à proclamam princípios genéricos, dos

quais não discrepa o decisório profligado, enquanto os de análise menos prefunctoria enfocam questões não ventiladas naquele.

Louvado no que enunciam os verbos. 400, 279, 282, 356 e 291 da Súmula do Pretório Excelso, inadmito conseqüentemente o recurso extraordinário interposto.

Quanto à arguição de relevância cujo exame compete privativamente à Corte Suprema, defiro-lhe o processamento, observadas as formalidades legais pertinentes. Publique-se.”

Os autos, porém, subiram a esta Corte em virtude da acolhida da arguição de relevância da questão federal, tendo ficado prejudicado o agravo de instrumento interposto.

A fls., assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer da Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues:

“O recurso extraordinário é interposto com fundamento nas alíneas “a” e “d” do permissivo constitucional e alega ofensa aos arts 327 e 384,II, do CC. 13 e 15 da Lei 6.515/77, e 83 do Decreto-lei 3.345/38, bem como discrepância do julgado em relação aos arrestos apontados a fls., além de fazer arguição de relevância da questão federal suscitada, esta acolhida (autos apensos).

2. O acolhimento da arguição de relevância não implica necessário conhecimento do recurso extraordinário (art. 328, X, do Regimento Interno), assim como não o dispensa da obrigatória presença dos seus pressupostos e condições de admissibilidade.

3. No caso, observa-se que nenhum dos dispositivos legais dados como vulnerados foi sequer abordado pelo v. acórdão recorrido (fls.) e que não lhe foram opostos os embargos de declaração indispensáveis a fazer sanar a eventual omissão, faltando, portanto, às *quaestiones juris* invocadas o prequestionamento de que cogitam as Súmulas 282 e 356.

4. E, se é insuscetível de conhecimento o apelo extremo pela alínea “a” da autorização constitucional, melhor sorte não o favorece à luz da alínea “d”.

5. Com efeito, reza a ementa do v. acórdão recorrido, que bem o resume: “Menor - Troca de guarda e responsabilidade. O menor, de regra, deve ser mantido bem. A troca de meio-ambiente deve ser evitada o quanto possível para não causar prejuízo psíquico à criança”(fls.).

6. Ocorre que os arrestos colacionados a fls. afinam-se, todos, com o dessa Excelsa Corte, ainda de fls. assim ementado: “Em relação à guarda de filhos, em qualquer momento pode o juiz ser chamado a revisar a decisão, atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse dos filhos e não a pretensão do pai ou da mãe”.

7. Parece evidente que o v. acórdão recorrido em nada discrepou de tal orientação mas, muito ao contrário, a ela filiou-se.

8. Por outro lado, só o reexame da prova - vedado em grau extraordinário, a teor da Súmula 279 - permitiria à conclusão diversa, de que o menor não se encontra bem situado na companhia da recorrida e de que seu interesse estaria melhor resguardado com a troca do meio-ambiente.

9. No que tange aos julgados confrontados a fls., constata-se que o primeiro deles é publicado em repositório não autorizado, o segundo não é acompanhado da demonstração analítica de que cogitam o art. 322 do Regimento Interno e a Súmula 291. E o terceiro, conquanto aparentemente verse sobre igual situação, deixa patente, no exame dos trechos transcritos, que a solução encontrada



deveu-se à consideração, a que chegou o egrégio TJSP, de que a viagem imposta aos menores era-lhes inútil, mesmo, prejudicial, o que não se deu, na espécie sob exame.

10. Finalmente, com respeito ao arresto de fls., versa sobre a aplicação do Decreto-lei 3.345/38, tema jamais enfrentado pelo E. Tribunal *a quo*, razão por que, evidentemente, não poderia acontecer o dissídio de julgados.

11. O parecer é, por conseguinte, de que o recurso extraordinário não comporta conhecimento.”

É o relatório.

VOTO - O *Min. Moreira Alves (relator)*: 1. Inexiste, no caso, negativa de vigência do art. 13 da Lei 6.515/77 que preceitua que o juiz poderá fixar, a bem dos filhos, a guarda do menor, e isso porque, para se chegar a conclusão contrária à que chegou o acórdão recorrido, seria mister reexaminar a prova dos autos, o que não é cabível para o conhecimento do recurso extraordinário (Súmula 279).

Por outro lado, com relação às questões relativas ao art. 15 da Lei 6.515/77, ao art. 384 de CC e ao art. 83 do Decreto-lei 3.345, não foram elas ventiladas no acórdão recorrido, nem foram objeto de embargos de declaração, motivo por que lhes falta o indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356).

2. No tocante ao alegado dissídio de jurisprudência, os acórdãos arrolados, com relação ao art. 13 da Lei 6.515/77, não entram em choque com o decidido pelo arresto sob exame, pois, como se viu acima, a questão diz respeito às circunstâncias de cada caso, o que implica reexame de provas, e afasta a possibilidade de divergência jurisprudencial.

Quanto aos acórdãos trazidos a confronto para demonstrar o dissídio com relação aos arts. 15 da Lei 6.515/77, 384 do CC e 83 do Decreto-lei 3.345, não servem eles ao fim a que se destinam porquanto as questões relativas a esses dispositivos legais não foram, como já acentuado anteriormente, prequestionadas, o que impossibilita a configuração do dissídio.

3. Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

EXTRATO DA ATA - Decisão: Não conhecido. Unânime.

Presidência do Min Djacy Falcão. Presentes à sessão os Mins. Moreira Alves, Décio Miranda Aldir Passarinho e Francisco Rezek. Subprocurador-Geral da República o Dr. Mauro Leite Soares.

Apelação Cível 1759/86. O. C. S. e A. G. M. Relator: Desembargador Oto Luiz Sponholz. 08 de abril de 1987. Diário da Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, 2422, 28 de abril de 1987.

**AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO** - Menor que foi entregue a sua tia, pelo pai, logo após o prematuro falecimento da mãe. Criança que se encontra sob os cuidados da irmã da falecida mãe e também em companhia do avô materno. Pretensão do progenitor que convola núpcias e pretende a companhia do filho - Ação julgada improcedente. Inconformismo recursal. Insuficiência do invocado pátrio poder para a legitimação da posse e guarda. Relevância maior dos altos interesses do menor. Decisão que autoriza a movimentação da caderneta de poupança. Apelo provido parcialmente.

*Ementa oficial:* 1. A condição de pai, no gozo das prerrogativas do pátrio poder não é o bastante para que se defira a busca e apreensão do filho menor, sob a guarda de terceiros. Além da prerrogativa paterna necessário que concorra outros pressupostos fáticos a justificar a retirada da criança do meio salutar em que vive.

2. Demonstrado de forma exuberante, que logo após a morte precoce da mãe do menor, foi o próprio genitor da criança quem a entregou aos cuidados de uma irmã de sua ex-companheira, com quem seu filho até hoje convive, em companhia do avô materno, deles recebendo amor, atenção e cuidados satisfatórios, não se justifica a pretensão deduzida.

3. Acima dos interesses dos próprios pais, ao Juiz, com o arbítrio que lhe confere a lei, cabe usar dos meios de prudência, decidindo sempre a favor dos mais altos interesses do filho menor.

4. Não tendo sido objeto das questões postas em discussão - nem na inicial, nem na contestação - imprópria e desnecessária a permissão judicial contemplada na sentença, para que a caderneta de poupança instituída pelo progenitor, em nome do seu filho, possa ser livremente movimentada pela recorrida, sendo também decisão *ultra-petita* e como tal ilegítima, a determinação de valores a título de pensão, passem a ser entregues à detentora da guarda do menor e não depositados no estabelecimento de crédito, na conta vinculada já referida.

Apelação provida parcialmente.

5. Estranhável e de causar perplexidade e desânimo, o fato de que a sentença ora apelada tenha sido prolatada em 28 de março de 1984 e só recentemente, em 11 de dezembro de 1986 tenham os autos chegados a este Tribunal, decorridos dois anos e nove meses para que “ultimasse” a Escrivania local, o processamento do recurso apelatório.

Fatos desta natureza, - facilmente evitáveis por um desempenho fiscalizador razoável do Juiz de primeiro grau - é que abalam o prestígio do Poder

Judiciário e alimentam o descrédito e a desesperança de todos quantos necessitam da prestação jurisdicional.

Recomendações ao magistrado e remessa de peças à Corregedoria Geral da Justiça.

ACÓRDÃO: Vistos e relatados estes autos de Apelação Cível n.º 1759/86 da 2ª. Vara de Família e Menores, da comarca de Londrina, em que são partes, como apelante Osvaldo Correa da Silva e apelada Adelaide Gouveia Majchszak, ACÓRDAM os desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por UNANIMIDADE de votos em dar provimento parcial ao recurso, para tão só excluir do *decisum* a determinação liberatória da movimentação da caderneta de poupança aberta em nome do menor, bem como cassar a obrigatoriedade imposta, da entrega à recorrida dos valores percebidos pelo apelante junto ao Instituto de Previdência, mantidos no mais, os termos da r. sentença.

I. EXPOSIÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS - Através de ação de busca e apreensão, o requerente Osvaldo Correa da Silva objetivou a posse e guarda de seu filho Natel Correa da Silva, afirmando, em síntese, que de seu concubinato com Zenaide Chaves Gouveia, nasceu o referido menor.

Ponderou que seu filho permaneceu sob a guarda da mãe, até o falecimento desta, em 17/08/1981, quando o menor foi entregue aos cuidados da irmã da falecida, ora requerida, Adelaide Chaves Gouveia, posto que o requerente não tinha, à época, condições de mantê-lo em sua companhia.

Alegou, ainda, que a requerida contraiu matrimônio em 27/11/1982 e desde então a mesma vem hostilizando o requerente, privando-o de ver seu filho.

Por derradeiro, aduziu que a sua atual esposa é portadora de esterilidade primária, sem possibilidades de ter filhos. Ao final pediu procedência da ação.

Citada, a requerida contestou a ação onde alegou, em síntese, que após a morte de sua irmã, mãe do menor, este lhe foi entregue pelo próprio pai para que ela o criasse e educasse e, que certa feita o menor esteve em companhia do pai durante uma semana não tendo se adaptado tendo, inclusive, apanhado da atual esposa do requerente. Pediu a improcedência da ação, além do que o menor encontra-se sob sua guarda à mais de dois anos, sem que o requerente tenha qualquer reclamação com referência a educação e criação do menor.

A pedido da parte, foi realizada uma nova sindicância (fls. 50-TJ).

O autor, por sua vez, requereu que se procedesse a mais uma sindicância, com relatório às fls. 60/63.

Às fls. 95/99, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente a ação, para manter o menor Natel Correa da Silva, sob a posse e guarda da requerida, permitindo que esta movimente conta-poupança onde o autor vem efetuando depósitos em nome do menor, para auxiliá-la nas despesas com a criação e educação deste.

Inconformado com a r. sentença, apela o autor, aduzindo que não foi permitida nenhuma oportunidade para que se constatasse que o menor teria melhores condições de vida junto ao pai.

Ainda, em razões de irresignação, afirma que não concorda com a determinação do dr. Juiz em conceder à tia apelada que movimente a caderneta de

poupança em nome do menor, posto que a conta tem como objetivo a subsistência da criança quando atingir a maioridade. Ao final pediu a reforma do *decisum*.

Devidamente contra-arrazado o recurso, opinaram os representantes ministeriais, em ambas as instâncias pelo improvimento do apelo.

II. V O T O - Quanto ao mérito da pretensão deduzida pelo Autor-apelante, parece-me que a decisão de primeiro grau não está a merecer qualquer censura.

As Sindicâncias realizadas por iniciativa do prolator da sentença apelada, cujos relatórios estão às fls. 25/26 TJ e fls. 50, davam já elementos sérios de convicção, no sentido de que o ambiente vivenciado pelo menino Natel Correa da Silva era mais salutar possível.

Ademais, atendendo requerimento do próprio advogado do apelante (fls. 53), em demonstração inequívoca de respeito ao princípio constitucional de ampla defesa, o magistrado de instância inferior determinou que nova e completa sindicância fosse realizada (fls. 55), desta vez designando nova Assistente Social e Comissária de Menores.

As exaustivas conclusões deste relatório e sua exposição fática (fls. 60, 60 verso e 61 e verso; 62 e verso e 63) trouxeram aos autos elementos significativos para que a consciência de quem julga não pudesse ter dúvidas quanto ao melhor destino do menor e a exata solução do conflito de interesses.

Esta inatacável prova, longe de ser contestada ou desmentida, foi ratificada amplamente pela instrução processual de fls. 66 a 70.

Ora, é curial que a condição de pai, no gozo das prerrogativas do pátrio poder não é o bastante para que se defira a busca e apreensão do filho menor, sob a guarda de terceiros. Além da prerrogativa paterna necessário que concorram outros pressupostos fáticos a justificar a retirada da criança do meio salutar em que vive.

De outra sorte, recém-casado, a primeira experiência do menor com a madrasta - que é estéril e não pode dar filhos ao autor-apelante -, não foi das melhores, visto que, por atitude comum a uma criança de 4 anos foi por ela castigado em dia de visita a residência paterna.

Demonstrado de forma exuberante, que logo após a morte precoce da mãe do menor, foi o próprio genitor da criança quem a entregou aos cuidados de uma irmã de sua ex-companheira, com quem seu filho até hoje convive, em companhia do avô materno, deles recebendo amor, atenção e cuidados satisfatórios, não se justifica a pretensão deduzida.

Claro que o pai poderá e deverá ter o direito de visita e se quiser, ver regulamentado o período de férias que a criança com ele poderá passar.

Tais fatos e circunstâncias poderão ser objeto de regulamentação, na via apropriada.

Mais tarde, inclusive, com o crescimento do menor, hoje em tenra idade, mas logo que chegar próximo dos dez anos, certamente que as condições poderão ser outras e os altos interesses da criança recomendarem que retorne o filho à companhia do pai-apelante, mesmo porque a decisão judicial sobre guarda e posse de menores, não faz coisa julgada, podendo o pedido ser renovado.

O que vale ressaltar é a circunstância de que acima dos interesses dos próprios pais, ao Juiz, com o arbítrio que lhe confere a lei, cabe usar dos meios de prudência decidindo sempre a favor dos mais altos interesses do filho menor.

E o melhor para o pequenino Natel, hoje, é a sua permanência no lar em que se encontra, onde é objeto de alegria, experimentando o calor do afeto familiar estável e seguro.

A profissão de seu pai, motorista da conceituada Empresa Garcia, de momento está até a impedi-lo de conviver com o filho, pois suas viagens longas, com escalas e descansos fora de Londrina, não lhe permitem um constante acompanhar na vida diária e no cotidiano de seu crescimento.

Daí porque não merecer a decisão, qualquer reparo neste passo.

O apelo no entanto merece respaldo no que tange às determinações finais que inseriu o dr. Juiz no julgado que ora sofre o crivo do duplo grau de jurisdição.

A apelada - hoje bem casada e com vida conjugal e econômica estável -, assevera ter condições de folga para manter e educar o menor Natel, como se vê de fls.

Em momento algum - e nesta ação, mero pedido de busca e apreensão, não poderia ser de outra forma - inexiste qualquer pedido de alimentos ou de prestação de auxílio à educação da criança em disputa pelo seu pai e tia.

Ora, a sentença não pode extrapolar os limites das teses e fatos postos em discussão e cujos confrontos são estabelecidos, na forma da lei - na inicial, com o pedido do Autor e na contestação ou resposta, com as linhas traçadas pelo réu.

Ao determinar (fls. 99 - TJ) depois da decisão de mérito, mas ainda na sentença apelada, que a caderneta de poupança instituída pelo apelante em nome do filho menor, passasse a se movimentada e extraídas receitas pela recorrida, o julgamento extravasou os limites da demanda.

Não tendo sido objeto das questões postas em discussão - nem na inicial, nem na contestação - imprópria e desnecessária a permissão judicial contemplada na sentença, para que a caderneta de poupança instituída pelo progenitor, em nome do seu filho, possa ser livremente movimentada pela recorrida, sendo também decisão *ultra-petita* e como tal ilegítima, a determinação de que valores a título de pensão, passem a se entregues à detentora da guarda do menor e não depositados no estabelecimento de crédito, na conta vinculada já referida.

Sendo estas determinações, ilegais, *data venia*, devem ser extirpadas do julgamento, com o provimento parcial do apelo que ora se proclama, mantida no mais a decisão quanto ao *meritum causae*.

Por derradeiro, estranhável e de causar perplexidade e desânimo, o fato de que a sentença ora apelada tenha sido prolatada em 28 de março de 1984 e só recentemente, em 11 de dezembro de 1986 tenham os autos chegado a este Tribunal, decorridos dois anos e nove meses para que “ultimasse” a Escrivania local, o processamento do recurso apelatório.

Fatos desta natureza, - facilmente evitáveis por um desempenho fiscalizador razoável do Juiz de primeiro grau - é que abalam o prestígio do Poder Judiciário e alimentam o descrédito e a desesperança de todos quantos necessitam da prestação jurisdicional.

Por tais fatos, recomenda-se ao dr. Juiz que melhor exerça seus misteres de fiscalização, coibindo a omissão e a desídia, quer dos funcionários da Serventia, quer de Oficiais de Justiça, remetendo-se cópia deste Acórdão à Egrégia Corregedoria Geral da Justiça.

III. DECISÃO - Estas as razões de fato e de direito pelas quais os integrantes da Primeira Câmara Cível, por *UNANIMIDADE* de votos tomaram as medidas administrativas acima referidas e deram provimento parcial ao recurso. Curitiba, 08 de abril de 1987. Des. Sílvio Romero - Presidente em exercício; Des. Oto Luiz Sponholz - Relator; Des. Osiris Fontoura.

Apelação Cível 364/89. A. A. M. P. O. e R. D. O.. Relator: Desembargador Luiz Perroti. 30 de outubro de 1990. Diário de Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, 3288, 22 de novembro de 1990.

BUSCA E APREENSÃO - Filhos menores - Casal separado - Guarda do pai - Prova de bom tratamento e perfeita adaptação - Improcedência - Recurso improvido

*Ementa oficial:* Na disputa dos filhos, acima da vontade da mãe ou do pai, sempre deve ser observado o bem-estar deles e se estão bem na companhia paterna, nada autoriza que seja alterada a guarda, sob pena de causar um mal maior do que a própria separação do casal.

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos os autos de Apelação Cível n.º 364/89 de Jandaia do Sul em que é apelante Angela Alves Maria Primo de Oliveira e apelado Roberto Domingos de Oliveira.

1.- Promoveu Angela Maria Primo de Oliveira medida cautelar de busca e apreensão contra Roberto Domingos de Oliveira, para reaver deste os três filhos do casal, alegando que em virtude de brigas constantes não tiveram mais condições de continuar vivendo juntos e sua intenção é requerer separação judicial.

O réu sabendo disso, sob graves ameaças expulsou a autora de casa e ainda a obrigou a assinar um papel em branco alegando que seria uma confissão de que permitiria que os seus filhos ficassem com ele. Disse que teme serem as crianças maltratadas.

Após a audição de testemunhas arroladas pelas partes, por sentença foi julgada improcedente a medida e determinada a manutenção das crianças com o pai.

No recurso, pede a autora a reforma da sentença.

2.- A apelante se propôs a provar que sofreu ameaças graves e que foi expulsa do lar conjugal, por isso perdeu o contato com seus filhos. Acontece que a prova testemunhal não forrou nenhuma das situações aventadas na inicial e ainda que sem prova no contexto coligido, o Ministério Público alude ao fato de ter a autora ficado afastada da casa por um ano e só depois disso é que veio pleitear a guarda das crianças. Nenhuma testemunha se refere a isso, mas um trecho da inicial, induz que o casal estava desavindo e separado, pois diz a autora: - "*acontece que em virtude de brigas constantes o casal não teve mais condições de continuar vivendo junto, e, é desejo da Suplicante requerer sua separação judicial*"(fls. 4). Se não teve mais condições de continuar junto, é porque o casal já estava separado. Ambos propuseram separação litigiosa e depois a transformaram em consensual, sendo então que os possíveis motivos alegados reciprocamente, deixam de interessar no caso. Resta ficar no exame do que no momento melhor se oferece aos

menores e ainda, segundo a prova testemunhal estão eles, na companhia do pai, devidamente amparados sob todos os aspectos e já faz tempo, não sendo aconselhável possível mudança, quando perfeita se apresenta a adaptação à companhia paterna.

Na disputa dos filhos, acima da vontade da mãe ou do pai, sempre deve ser observado o bem-estar deles e se estão bem na companhia paterna, nada autoriza que seja alterada a guarda, sob pena de causar um mal maior do que a própria separação do casal.

Acordam os Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por **unanimidade** de votos, em negar provimento ao recurso.

Curitiba, 30 de outubro de 1.990. Renato Pedroso - Presidente-Revisor.  
Luiz Perroti - Relator. Nunes do Nascimento.



Apelação Cível 147.039-1/4. (n. c.) e (n. c.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Régis de Oliveira. 16 de julho de 1991. Revista dos Tribunais, São Paulo, 673, p. 63-66, nov. 1991.

MENOR - Guarda - Pedido formulado pela mãe - Indeferimento - Criança portadora de deficiência mental há muito tempo em companhia do pai, vivendo bem, recebendo o carinho de que necessita e encontrando-se em perfeitas condições evolutivas de recuperação - Prevalência do interesse moral e material do menor.

*Ementa oficial:* Se o menor, portador de doença mental se encontra há muito tempo em companhia do pai e com ele vive bem, recebendo o carinho de que necessita e encontrando-se em perfeitas condições evolutivas de recuperação, inexistem motivos para se desarticular a situação já criada, deferindo a guarda para a mãe. O que deve prevalecer é o interesse do menor. São os interesses morais e materiais dos filhos que decidem, em qualquer caso, a disciplina da guarda, como aplicação particularizada do princípio geral.

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 147.039-1/4.

Trata-se de ação de alteração de guarda de menor cumulada com prestação alimentícia. Segundo a inicial, a filha do casal está em companhia do pai, sendo certo que a autora mãe, deseja tê-la consigo.

Após dilação probatória, o MM. Juiz julgou improcedente a ação (fls. 381-388).

Apela a autora ( fls. 392-399), buscando provimento, à luz das provas colhidas.

Houve resposta (fls. 408-419). Fez-se preparo (fls. 424).

O parecer do Ministério Público de ambas as instâncias é pelo não provimento (fls. 426-428 e 432-434). É o relatório.

A solução de problemas como o retratado nos autos independe, em verdade, de profundos conhecimentos jurídicos e não é com a invocação da norma legal que se deve e pode ser decidido. Antes de mais nada o Magistrado deve voltar-se a seu interior e efetuar análise detida dos autos para primeiramente, indagar do interesse da criança. Ainda mais no caso dos autos em que sequer pode ela ser ouvida, porque “A” está em mundo diferente do nosso. Da pequena janela pela qual vê o mundo, apenas raios de entendimento chegam a seu íntimo. É ela “portadora” de deficiência mental e problemas psicomotores, e se comunica de forma não verbal” (fls. 350). Nasceu o pequeno ser portador de embriopatia rubeólica decorrente da gravidez. Por consequência, trouxe para o mundo externo seu problema adquirido ainda no ventre materno.

Os fatos não podem ser analisados à luz exclusivamente do direito. Há direito de alguém permanecer com “A”, de tê-la, em sentido de posse? Evidente que não. A estrita conveniência dos interesses de “A” é que deve prevalecer, inexistindo direito das partes a ser tutelado. O direito é da menor. É ela que necessita que os pais abram mão de seus direitos e doem-lhe todo carinho e amor que possam ter. A disputa em torno da “posse” da menor não ajudará em nada. Está ela alheia a tudo e nada compreende para dar resposta às incitações de um mundo para o qual está de costas.

“B”, testemunha arrolada pela autora embora tenha contato distante dos interesses das partes esclarece que a menina está calma” (fls. 97) e que a dedicação do pai à filha é “total” (fls. 97). “C”, também da autora, embora tenha elogiado a relação mãe-filha, afirma que o réu “deve ser bom pai” (fls. 105). “D” esclarece que a mãe é boa pessoa, nada tendo a afirmar contra o pai (fls. 208-210).

A psicóloga da Escola afirma que “A” tem apresentado evoluções significativas para o quadro” (fls. 112). Esclarece que o quadro é grave, com evolução lenta, mas existe. Retrata o comportamento da menor dizendo que “no início era bastante passiva, ela recebia carinho e não sabia responder, não de maneira que a gente percebesse, porque éramos indiferentes. Agora ela sente prazer com os gestos de carinho que recebe, ela tem sido mais afetiva com as professoras, ela tem procurado... não é se enfeitar, mas quando se coloca alguma coisa diferente nela, ela gosta” (fls. 113). Uma frase impressiona pela colocação que é a *necessidade da rotina* para a recuperação. Esclarece a psicóloga que crianças como “A” são muito “sensíveis, às vezes podem apresentar regressão. Geralmente, depois das férias elas apresentam regressão. *A rotina é muito importante para elas.*” (fls. 114). Assevera, inclusive, que “A” tem se preocupado com a imagem (fls. 115) e que tem apresentado progressos, inclusive no campo social. Elogia, também o comportamento do pai, naquilo que tem oportunidade de observar (fls. 117). “E” afirma e depõe sobre o excelente relacionamento que se estabelece entre pai e filha (fls. 125). “F” assevera que o carinho da menor pelo pai é muito grande e quando ela ouve o barulho da porta “corria a seu encontro, agradava o pai” (fls. 138). Pode reconhecer sinais de evolução em “A” (fls. 139). A própria “G”, pessoa que cuida da criança afirma a evolução que se processa no comportamento dela (fls. 148 e 149). Esclarece que sempre que a criança retorna após contato com a mãe, ela “se fecha”. Esclarece que “A” é autista, e o autista quando não quer reconhecer o lugar onde ele está, ele se fecha no mundo dele. Então, todas as vezes em que ela volta de lá, ela fica no mundinho dela, eu levo dois dias para trazê-la de volta (fls. 150).”

Observe-se que em nenhum momento houve qualquer crítica ao comportamento do pai. Tem ele feito tudo a seu alcance para dar a “A” o melhor possível. Não se fala do outro filho, “H”, por que a questão a ele não envolve, salvo afetivamente, embora tenha relacionamento distante com a irmã. Dá a menor uma das melhores escola especialistas (fls. 157). Nada falta a ela. Tem orientadores, psicólogos e todo o conforto para seu sadio desenvolvimento. Tem todas suas atenções para a criança. É o que revela o relatório da assistente social (fls. 211).

De seu lado, conforme relata a psicóloga, “A”, apesar de todo comprometimento que apresenta, está se desenvolvendo, pois já interage com outras pessoas, obedece ordens verbais e executa algumas tarefas pedidas. Mas “necessita de uma rotina onde não se apresentem grandes oscilações, pois irá se instabilizar caso elas ocorram” (fls. 350).

Como se vê, pelo quadro probatório, inexistente qualquer restrição ou ressalva ao comportamento do pai. Tem-se revelado amoroso, carinhoso, dedicado à filha. Mesmo a autora não ousou apontar qualquer desvio de comportamento ou que pudesse ser hostil em relação à filha. Ao contrário, a prova revela todo o desvelo que tem no amparo e tratamento à filha.

Nada há contrário à mãe. Os relatórios que foram elaborados igualmente revelam que ela tem carinho e quer demonstrá-lo à filha.

Embora o primeiro anímico de todos seja a entrega da filha à mãe, com quem pode conversar sobre problemas íntimos das mulheres, com quem possa ter gestos de carinho, com quem possa até cochichar sobre ousadias de comportamento, o caso dos autos revela aspectos especiais.

A compreensão que a menor “A” tem do mundo é diferente de todo ser normal. Fecha-se em seu “mundinho” e vê o nosso como algo hostil, tanto que reage aos gestos de carinho e deles necessita para manutenção de sua evolução. É importante a manutenção da rotina, uma vez que não tem compreensão para bruscas alterações. Desde o acordo celebrado em julho/86 (fls. 236) e já antes dele, ou seja, a partir de janeiro/86 “A” encontra-se com o pai, isto é, há mais de cinco anos está com o pai e dele tem recebido toda assistência moral, afetiva, financeira e educacional.

Se o interesse é exclusivo da menor, ou seja, se este é o interesse primordial que o juiz tem que olhar, se a menor encontra-se em perfeitas condições evolutivas, recuperando-se e já logrando balbuciar algumas palavras, sem embargo de todo o mal de que é portadora, qual a conveniência em tirá-la, agora do, pai para que comece toda uma vida diferente, em novo quarto, em nova casa, em novo ambiente, em novo tudo? Será a mudança benéfica para “A”?

A prova dos autos não revela que tal solução seja a melhor. Ao contrário, confirma que ela está bem, que tem apresentado evolução e não regressão, que tem sido ela bem tratada, que tem melhorado. Ninguém afirmou que ela regrediu. Ao contrário, todas as testemunhas ouvidas, inclusive as arroladas pela autora, confirmam que a menor encontra-se bem e que o pai tem dela tratado com carinho.

Qual a conveniência, então, de retirá-la do amparo paterno? Haveria conveniência caso tivesse seu padrão intelectual completo, caso fosse menor normal, sem os problemas revelados. Se tivesse capacidade intelectual plena, se seus sentimentos batessem no mesmo ritmo das pessoas do mundo das normalidades, talvez tivesse necessidade da efetiva presença da mãe e com permanência duradoura.

Não é esse o quadro que se apresenta. Tem ela vivido em mundo de alienação, talvez até melhor que o nosso, mas imperscrutável pela técnica e pela ciência moderna, ainda nos dias de hoje. A vinda a nosso mundo é lenta e paulatina e em grau ainda incomensurável. O imponderável da alma humana litiga como mundo do real e do irreal. Como diria a Rainha, em *Hamlet*, de Shakespeare, “que um sono brando e doce embale a tua mente”. É o que se pode desejar a “A”. Mais que isso, que os pais não briguem pela sua “posse”, mas que se juntem em enlevada harmonia para que possa ela vir a nosso mundo, não sentindo seus dissabores e loucuras, mas o carinho dos que a trouxeram.

Em verdade, como se disse no início, a questão trazida a Juízo não se julga com a norma jurídica alienada do mundo real. O esquema seletivo do fático não se resolve a pendência. Nem os valores que impregnam a esquematização

abstrata podem solucionar as pendências afetivas. Apenas o coração é que se pode abrir para albergar a situação aflitiva em que se colocam as partes. O conflito não pode ser pela “posse”, mas pelo carinho; não pela presença, mas pela ausência, se necessária ao bem-estar de “A”; pela abdicação do controle e da proximidade e pela renúncia.

Em suma, se “A” está bem, não há interesse, nem direito que possam removê-la da sua situação irreal. Deve ela ficar como e onde está, uma vez que tem apresentado progressos.

É orientação jurisprudencial que o que deve prevalecer é o interesse do menor ( RJTJSP 59/170). Em excelente estudo, o Des Antônio César Peluzo ensina que “são os interesses morais e materiais dos filhos que decidem, em qualquer caso, a disciplina da guarda, como aplicação particularizada do *princípio geral*” (RJTJSP 80/13-25, “O menor na separação”, em especial, p. 17).

Bem decidiu a D, Magistrado, subsistindo a r. sentença.

Acordam, em 6ª. Câmara Cível de Férias “B”, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento.

O julgamento teve a participação dos Des. Rebouças de Carvalho, pres., e Antônio Marson, com votos vencedores. São Paulo, 16 de julho de 1991 - Régis de Oliveira, relator.

Apelação Cível 87.835/4. (n. c.) e (n. c.). Relator: Desembargador Francisco Figueiredo. 13 de agosto de 1992. Revista dos Tribunais, São Paulo, 694, p. 161-162, ago. 1993.

MENOR - Guarda - Não deferimento à mãe, vez que considerada culpada da separação judicial, em face do adultério praticado - Inadmissibilidade - Interesse e bem-estar da criança que deve ser o tribunal maior a decidir o seu destino - Profissão do pai, ademais, que o leva a estar sempre ausente - Recurso provido.

*Ementa Oficial:* Se a mulher não teve a pecha de mau comportamento e se é boa mãe, embora tenha falhado como esposa, ao praticar adultério, a ela deve ser conferida a guarda do filho, pois o interesse e bem-estar do menor devem ser o tribunal maior a decidir o seu destino, sobretudo tendo-se em conta que a profissão do pai o leva a estar sempre ausente de casa.

ACÓRDÃO - Vistos etc.: Acorda, em Turma, a 4ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em dar provimento ao apelo. Belo Horizonte, 13 de agosto de 1992 - Monteiro de Barros, pres. - Francisco Figueiredo, relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS - O Sr Des Francisco Figueiredo: Conheço da apelação por tempestiva (fls.) e em razão de terem sido observados os demais requisitos de sua admissibilidade.

*In casu*, discute-se uma separação judicial em que foi reconhecido, sentencialmente, o fato adúltero da separanda. Estava com um parente do marido, em sua casa absolutamente fechada, na ausência de todos, ao fundamento - não aceito pelo autor - de que o dito cidadão entrara em sua casa e fora ao quarto do casal para "pentear" o cabelo.

Aliás, diga-se de passagem que, com relação à decretação da separação conjugal, o recurso que apreciamos sentenciar, ficando somente em justificativas de "bom perdedor".

O que o recurso visa, basicamente, é a *guarda* da filha do casal, nascida aos 23.7.83 - fls. - e a decorrente pensão.

A sentença acompanhada pela zelosa Promotoria Pública, entendeu que, se a separada foi declarada culpada, por decorrência, o castigo, além de importar na perda da pensão e do patronímico marital, estender-se-ia na perda da guarda da filha.

*Em tese*, estariam certos, tecnicamente adequados à jurisprudência que já imperou neste espécie.

A ótica moderna, entretanto, para a análise da questão, é vista de *per si*, como apontou o parecer da douta Procuradoria de Justiça, da lavra do Dr. Boaventura Figueiredo. Temos de pensar nos valores humanos e, principalmente, na sua conservação e recuperação. Se nos cabe, somente, a aferição do adultério legal - e não o moral - temos a obrigação de dimensionar a profundidade e a extensão do estrago familiar causado, principalmente, tendo em conta que existe uma criança, filha do casal, que não poderá ser “castigada” mais do que já ficou, pois a nada deu causa. O seu interesse e bem-estar deve ser o tribunal maior a decidir o seu destino.

Se a criança passa a ter, existencialmente, os pais separados, entendendo não ser a melhor solução, considerando a sua idade, dar a guarda para o pai.

Assim entendo, como a douta Procuradoria de Justiça, pelas seguintes razões:

I - Fora a “burrice” da ré de levar, à socapa, o “cavalo”( apelido do *pivot*) fls., para dentro de sua casa, hermeticamente fechada e na ausência de todos, nenhuma testemunha - inclusive as do marido - falou mal do comportamento dela, pelo contrário.

II - O pai - o autor - é caminhoneiro e, obviamente, está sempre ausente pelas viagens.

E quem ficaria com esta criança ?

Dir-se-ia, talvez, os avós paternos, com quem o pai da menor já está morando. Não é admissível. Primeiro, porque os avós não são parte neste processo; segundo, porque não existe nada que tenha pesado no comportamento da mãe; e, terceiro, porque a retirada da guarda da mãe, seria a retirada do ponto de equilíbrio desta família (já que não existe separação legal e nem divórcio entre pais e filhos ).

Repito, que nos cabe apreciar o adultério moral (causa), mas somente o legal (efeito). Ninguém está discutindo o motivo que levou a ré a assim proceder e nem a qualidade moral-existencial da vida conjugal que teve o autor.

Mas, se a ré não teve pecha de mal comportamento, fora “o fato legal”, retirar dela a guarda da filha é amputá-la de todos os pontos de equilíbrio. Ela também precisa - como todo ser vivente - de promoção humana. Se “legalmente” falhou como esposa, não tem falhado como mãe.

É justo os avós - paternos e maternos - terem contato com os netos. O “sagrado direito dos avós” deve ser respeitado. É vida para os avós, experiência para os netos e equilíbrio emocional para todos, embora de gerações diferentes e, na puberdade, “antagônicas”.

Assim, que explicação dariam os avós aos netos, na puberdade destes (época do apalpamento dos limites da liberdade do jovem), explicando-lhes por que moram na casa deles - e não na da mãe, se contra esta, até hoje, nada se apurou no que tange ao dever material?

“É muita pedra - fora as que a vida já jogou - numa Madalena só”.

A guarda deve continuar com a mãe sem prejuízo da reconstrução da sua vida.

Com relação às visitas do pai, considerando o tamanho da cidade e certamente a educação das partes, visto que todos disseram ser educados e ponderados, ele terá o direito de possuir a filha em sua companhia nos primeiros e terceiros sábados, segundos e quartos domingos de cada mês, no horário de 8 às 20 horas, bem como nas primeiras quinzenas das férias escolares de janeiro e julho.

Finalmente, com relação à pensão, fixo-a em 1 salário-mínimo vigente, em favor da filha do casal.

Condeno o apelado na metade das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro, corrigível da data da sentença, em 10% sobre o valor da causa, pois tal valor não foi impugnado.

Com estas considerações, *dou provimento* à apelação.

O *Sr Des. Caetano Carelos* - O apelo é parcial, apenas no que toca à guarda da filha menor do casal, que está com nove anos de idade.

A apelante foi reconhecida na sentença como culpada pela separação, ponto por ela não abordado em suas razões de apelação.

Segundo a regra do art. 10 da Lei do Divórcio deveria a menor ficar sob a guarda do pai inocente. Essa regra, no entanto, não é inflexível, como bem pondera o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Boaventura Figueiredo, em seu bem lançado e equilibrado parecer. Há que ser estudado caso por caso, com redobrada atenção aos superiores interesses do menor, que preponderam sobre os interesses dos pais em conflito.

Na espécie, o pai exerce a profissão de motorista, que o obriga a ficar fora de casa, sem poder cuidar da filha. Naturalmente que ela poderia ficar em companhia dos avós paternos. Ocorre que a mãe está morando com seus próprios pais. Afora o fato que deu origem à presente ação, nada há que indique que a apelante tenha comportamento censurável. O ambiente em que a menor vive, em companhia de seus avós maternos, é saudável. Retirá-la desse ambiente não é medida recomendável, se não há motivos ponderáveis em contrário.

Tratando-se de uma menina, aconselha a boa razão que fique em companhia da mãe, que naturalmente saberá dedicar a ela o carinho e os cuidados próprios de sua condição feminina.

Parece-me, pois, que a sentença não ponderou sobre essas peculiaridades. Aplicou-se a norma legal sem a necessária e indispensável reflexão sobre o que melhor convém à felicidade da criança, cuja integridade psicológica deve ser preservada e minimizada em decorrência do abalo familiar que a separação do casal sempre acarreta.

Assim, acatando o r. parecer ministerial de fls., dou provimento ao apelo para reformar em parte a r. sentença recorrida, conferindo à apelante a guarda da filha menor, e, conseqüentemente, adotando as mesmas medidas determinadas no voto do eminente Relator quanto ao pensionamento da mesma e ao direito de visita do pai.

O *Sr. Des Corrêa de Marins* - De acordo.

O *Sr Des Presidente* - Deram provimento ao apelo.

Apelação Cível 33.161-9. (n. c.) e (n. c.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Josué de Oliveira. 26 de outubro de 1993. Revista dos Tribunais, São Paulo, 707, p. 133-134, set. 1994.

SEPARAÇÃO JUDICIAL - Guarda de filho menor - Pedido dependente da procedência da ação - Hipótese em que se rejeitada a pretensão, somente em ação própria se poderá tratar da guarda.

*Ementa oficial:* Em ação de separação judicial, o pedido de guarda do filho menor do casal é dependente da sua procedência. Se a sentença rejeita a pretensão do autor, somente em ação própria se poderá tratar da guarda.

SEPARAÇÃO JUDICIAL - Abandono do lar conjugal - Descaracterização - Afastamento pelo cônjuge em razão de agressões, maus tratos e injúria praticados pelo outro - Motivos que tornam insustentável a vida em comum no domicílio conjugal - Improcedência mantida.

*Ementa oficial:* Não incorre na sanção do abandono voluntário e injurioso o cônjuge que se afasta do lar em razão de agressões, maus tratos e injúrias praticadas pelo outro, que tornam insustentável a vida em comum no domicílio conjugal.

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Juizes da 1ª. Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença. Ainda à unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, de acordo com o parecer da d. Procuradoria de Justiça. Campo Grande, 26 de outubro de 1993 -Josué de Oliveira, pres. e relator.

RELATÓRIO - O Sr. Des. Josué de Oliveira: E., inconformado com a decisão do juiz *a quo*, que julgou improcedente o pedido que fez na ação de separação judicial movida contra a sua mulher E., interpõe apelação.

Aduz as seguintes razões:

1. Em preliminar, a nulidade da sentença por ter deixado de apreciar o pedido de guarda do filho do casal;

2. No mérito, a sentença merece reforma porque está baseada nas declarações de uma das testemunhas ouvidas, sem levar em conta os outros elementos de prova contidos nos autos.

Pede a anulação da sentença apelada para que seja proferida, com pronunciamento sobre todas as questões deduzidas, ou sua reforma para julgar



procedente o pedido de separação formulado, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Em contra-razões, a apelada pugna pelo improvimento do recurso.

O representante do MP que oficiou em primeiro grau de jurisdição sugere a manutenção da sentença.

Nesse mesmo sentido é a opinião da Procuradoria de Justiça.

**VOTO - O Sr. Des Josué de Oliveira (relator):** A preliminar de nulidade da sentença por não se ter analisado por inteiro as questões deduzidas pelo autor deve ser rejeitada.

O apelante requereu, na inicial da ação proposta, que, decretada a separação do casal, o filho menor ficasse sob sua guarda (fls.). Posteriormente, quando da audiência de instrução, ao reiterar a procedência do pedido de separação, voltou a suplicar para si a guarda do filho ou que ela fosse deferida à avó paterna (fls.).

Observa-se que a decisão sobre a guarda do menor estava dependendo da procedência do pedido feito na ação de separação judicial. Como a pretensão foi julgada improcedente, o magistrado não podia decidir isoladamente sobre a guarda do menor, uma vez que ambos os pais são detentores de pátrio poder em relação ao filho.

Julgada improcedente a pretensão, só por ação própria a guarda poderá ser analisada.

Fica, pois, rejeitada a preliminar.

O pedido de separação judicial está fundamentado no *caput* do art. 5º da Lei 6.515/77, em que um cônjuge imputa ao outro o cometimento de uma conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento que possa tornar insuportável a vida em comum.

O autor alegou, na inicial, dois motivos que ensejariam a pretensão: o abandono injustificado do lar pela mulher e a injúria por ela praticada, atribuindo ao marido a prática do crime de furto.

Ao se opor ao pedido de separação, a apelada reconheceu ter deixado o convívio do marido, mas afirmou que assim o fizera porque ele lhe dispensava maus tratos, fazia uso constante de bebida alcoólica, não era dado ao trabalho, deixando, inclusive, de prover o lar com os recursos materiais necessários. No tocante à injúria, comprovou, através de certidão da delegacia de polícia (fls.), que apenas prestara queixa sobre danos materiais, sem jamais ter atribuído ao marido a autoria de crime de furto.

Competia ao autor, ora apelante, a prova dos fatos alegados. Entretanto, as testemunhas por ele arroladas nada esclareceram.

E. declarou: “Não sei o motivo da separação do casal; ouvi boatos de que E. não era fiel ao marido”(fls.).

R. afirmou: “Quando conheci o casal eles já estavam separados de fato, e por isso não sei o motivo da separação”(fls.).

Já a única testemunha indicada pela ré, ora apelada, esclareceu: “O motivo da separação é que o autor toma bebida alcoólica, perde a mente “e judiava de E.; num determinado dia eu estava na casa de irmã de E. sendo que esta também lá se encontrava quando chegou E. embriagado e “xingou” a família de E., “xingou” E. e queria bater nela “(fls.).

Yussef Said Cahali, na sua obra *Divórcio e Separação* (RT, 6ª ed., 1991, t. 1 ), afirma: "Na realidade, são uniformes, doutrina e jurisprudência, no sentido de que, para que o abandono caracteriza infração do dever de coabitação, de modo a autorizar a separação judicial, é necessário que seja voluntário, intencional, malicioso, injusto, caprichoso, inescusável, sem explicação plausível" (ob. Cit., p. 416.).

Mais adiante, o autor cita decisão do TJSP, que, pela pertinência com o caso ora analisado, merece transcrição:

"Como "para que o abandono seja causa de desquite, é mister que ele seja malicioso e injusto, assim, se a mulher é coagida a abandonar o lar em razão de fatos que mostram a intolerabilidade da vida em comum, decorrente da situação de inferioridade em que é colocada, ou de maus tratos que lhe são infligidos pelo marido, é manifesto que o seu gesto não pode ser levado à conta de abandono voluntário" (2º G. de Câmaras do TJSP, 31.3.60, RT 304/211, rejeitando embargos a acórdão da 3ª C., 14.5.59, maioria, RT 289/328.)

Na realidade, a jurisprudência é repetitiva no sentido de que não incorre na sanção do abandono voluntário e injurioso o cônjuge que afasta do lar em razões de agressões, maus tratos, sevícias e injúrias praticadas pelo outro, tornando insustentável a vida em comum no domicílio conjugal "(ob. Cit., p. 423).

Indubitavelmente, a atitude da apelada de deixar o lar conjugal por motivos justificado, fugindo dos maus tratos que o marido lhe dispensava, não caracteriza o abandono que daria ensejo ao pedido de separação.

Por outro lado, o apelante não podia, como pretendeu fazer na fase instrutória do processo, acrescentar ao pedido outro motivo com vistas ao deferimento da separação, qual seja: a infidelidade da esposa, porque fere o princípio da estabilização do pedido. Não se aplicam aqui quaisquer das hipóteses previstas no art. 303 do CPC.

A improcedência do pedido de separação era medida que se impunha.

Ante o exposto, conheço do recursos mas nego-lhe provimento.

DECISÃO - Como consta na ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, rejeitaram a preliminar de nulidade da sentença. Ainda à unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, de acordo com o parecer da d. Procuradoria de Justiça.

Presidência do Exmo. Sr. Des Josué de Oliveira.

Relator, o Exmo Sr. Des Josué de Oliveira.

Tomaram parte do julgamento os Exmos. Srs. Des. Josué de Oliveira, Frederico Farias de Miranda e Elpídio Helvécio Chaves Martins.

Embargos Infringentes 8.780/9. (n. c.) e (n. c.). Relator: Desembargador Caio de Castro. 02 de dezembro de 1993. Revista dos Tribunais, São Paulo, 713, p. 195-200, mar. 1995.

ADOÇÃO - Menor - Arrependimento da mãe biológica - Prevalência do bem estar da criança - Manutenção da guarda com os pais adotivos - Decretação de votos vencedores e vencidos.

*Ementa oficial:* Tendo em vista o bem-estar do menor, malgrado o interesse da mãe biológica em reverter a adoção, é de se manter a guarda do mesmo com os pais adotivos, mormente se dele vêm cuidando desde tenra idade, com amor e cuidados necessários e indispensáveis a uma criança sendo eles seus verdadeiros pais, apesar de substitutos; o contrário significa violentá-la, provocando o sofrimento de todos os envolvidos e principalmente o seu, abrindo-se-lhe a possibilidade de trauma irreparável na sua formação.

ACÓRDÃO - Vistos, etc.: Acorda a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, em desprezar os embargos, vencidos o revisor e o primeiro vogal. Belo Horizonte, 2 de dezembro de 1993 - Bady Curi, pres. - Caio de Castro, relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS - Proferiu sustentação oral, pelos embargados, o Dr. Jacob Lopes de Castro Máximo.

O Sr. Des. Caio de Castro: Sr. Presidente, vamos voltar no tempo...

No princípio do ano de 1987, como consentimento do pai Sr. A., uma jovem de 17 anos de idade, natural de Divinópolis-MG, cheia de idealismo e sonhos veio estudar em Belo Horizonte. Para isto alugou um apartamento no Bairro Santa Tereza junto com outras estudantes. Para as despesas de moradia, alimentação e estudos recebia, na época, mesada dos pais - consta dos autos que era sua mãe D.<sup>a</sup> V. quem remetia o dinheiro fruto do trabalho de costureira.

Em Divinópolis ficou, em companhia dos pais, a irmão mas nova de C., de nome S. Então a família da moça se resumia em pai, mãe e duas filhas.

Sem pensar no sacrifício da família, mais precisamente, de D.<sup>a</sup> V., C., ao invés de estudar, tratou logo de arrumar um namorado com maior facilidade e com amais liberdade por se encontrar longe do policiamento dos pais e... aprontou. A gravidez apareceu com poucos meses de Capital, segundo C., contribuiu para isto um rapaz de 24 anos, que não quis revelar sua identidade (cf. fls.). Durante os nove meses da prenhez, C. usou de astúcia para esconder a gestação de seus familiares, por considerar os pais muito conservadores e rígidos. Sequer pensou que, ao

esconder o ventre que se avolumava, prejudicaria o desenvolvimento do feto, que só não foi vítima de maiores conseqüências porque a mãe natureza o protegeu.

Tudo indica que a fecundação se deu, mais ou menos, por volta de 20 de abril de 1987, vez que, 9 meses depois, ou seja, em 20.1.88, nascia no Hospital das Clínicas, em Belo Horizonte, uma criança, de sexo feminino, que recebeu mais tarde o nome de F. (cf. certidão de nascimento de fls., declarante o Sr. P. Lê-se ao pé do referido documento o seguinte: “Do que, para constar, registro feito com autorização da MM.<sup>a</sup> Juíza de Direito Maria das Graças Albergaria Costa, datado de 3.2.88”).

Consta dos autos que C. - a mãe biológica - deixou a recém-nascida na Assistência Social do Hospital e, retornando à sua cidade, teve a surpresa de não encontrar seu pai (Avô da criança), que na sua santa ignorância deixou o lar conjugal revoltado com os acontecimentos, ou seja, revoltados com uma causa de que ele avô não teve a menor participação, a não ser a autorização dada para a filha morar em Belo Horizonte.

Então, à mãe biológica, que deveria ter apoio do seu pais, apesar do ato por ela cometido, se desesperou.

Também a avó da criança - D.<sup>a</sup> V., não teve argumentação suficiente para convencer seu maridos - Sr. A. -, a amparar a filha naquele momento difícil da tentativa da quebra de um tabu. Como a tradição e os costumes predominam na mente de D. V., esta chegou à conclusão de que deveria mesmo era doar a neta, tanto que acompanhou a mãe biológica ao hospital para ratificar a intenção de fazer a doação do bebê, que até aquela data não tinha nome. Tudo leva a crer que a menina sem nome foi um castigo para C. e seus familiares.

Desistência dos direitos sobre a filha está a fls., onde se encontram as assinaturas de C. e da avó materna D.<sup>a</sup> V.

Daí a adoção feita para os pais adotivos P. e Z.

Tempos depois houve o arrependimento começando a batalha judicial com o objetivo de reverter a adoção.

Não há dúvidas de que a situação fática que deu origem ao processo foi em razão da sociedade machista, da qual fazemos parte. Uma sociedade em que o homem não pode ser contestado dentro do seio de sua família. Uma sociedade em que a voz do homem é a voz de Deus. Uma sociedade em que a mulher submissa se torna machista, porque vê nas decisões esdrúxulas do marido o “certo” e sequer tem coragem para contrariá-lo. Uma sociedade em que o patriarca dá mais valor ao macho do que à fêmea e esta deve conservar sua virgindade até o casamento, que é a apoteose da sociedade machista. Caso contrário, vira “pecado”- plagiando aqui religiões fanáticas.

E foi no sei de uma família assim que foi criada a “mãe biológica”, que os autos nos dão notícia. Evidente o desequilíbrio desta mãe, vez que não encontrou amparo no lar paterno e, em razão do desequilíbrio, é que doou o bebê. Não estava senhora de si quando fez a doação, vez que foi pressionada pelo “faniquito nervoso” do senhor seu pai, que abandonou a família em razão da “desonra” da filha.

Mas tudo foi fruto de um condicionamento de preconceituosidade de geração para geração, razão pela qual não se pode culpar ninguém.

Agora, ao que parece, os tempos são outros e já se pode discutir nos tribunais esta mudança. Aquilo que era “certo” há uns anos atrás hoje é errado e é por isso que as leis mudam, a jurisprudência muda e tudo muda em razão da evolução, seja ela de caráter humano, seja ela de caráter natural.

Na época hodierna a ciência evoluiu para a “pílula anticoncepcional”, o “bebê de proveta”, “tubos de ensaio”, “barrigas de aluguel”, DNA e, mais recentemente, um pesquisador dos Estados Unidos anunciou método genético para fabricar seres humanos idênticos (*baby-clone*), ou seja, criaram um embrião da célula humana em laboratório (cf. *IstoÉ*, de 3.11.93, p. 64 - Título “Ciência - Dr. Frankenstein” *sic.*). Assim, o direito tem que acompanhar esta evolução e as leis têm que ser feitas de acordo com as inovações diárias para que o direito não se estacione.

Nos Estados Unidos, J. voltou para os pais biológicos, porque ficou comprovado que o pai verdadeiro não havia assinado a autorização prévia da adoção - letra fria da lei. Outrossim, na Flórida, o pequeno G. conseguiu se divorciar da mãe, depois de provar que ela o havia abandonado.

Não vamos discutir aqui se as decisões americanas estão certas ou não, vez que há uma grande diferença cultural entre os Estados Unidos e o Brasil.

Lá, com exceção do caso da Flórida, a legislação americana, de uma maneira geral, tende a privilegiar os laços sangüíneos. Entrementes, no Brasil, os laços de sentimentos são mais fortes. Aqui o que é válido é o sacrifício dos pais que criam a criança com carinho, amor, dando-lhe alimentação necessária, levando-a ao médico constantemente, mais precisamente na faixa etária de 1 ano a 6 anos, quando ela mais necessita - coincidentemente na faixa etária de F. Portanto, P. e Z., que criaram F. desde a tenra idade, que colocaram o nome na criança, que deram todo amparo para ela, como se pais verdadeiros fossem, não podem de uma hora para outra ser despojados do amor e da afeição desta garota. Isto seria uma violência para com eles e para com F. A criança não é objeto material, sujeita a ficar à mercê de interesses de adultos inconseqüentes. Ninguém é dono de ninguém. O ser humano tem que ter personalidade própria. No voto de e. Des. José Loyola, fez o digno Juiz uma colocação precisa quando, entre outras, disse o seguinte: “O filho é uma individualidade, desde a concepção, durante a gestação, garantindo assim, como ser único, a partir do momento de sua expulsão do ventre materno. Não é coisa, propriedade de ninguém, Se ele pudesse, diria: meu pai é aquele, minha mãe é aquela. Precisa, sim, de quem o aponte para vida, na segurança de que é querido, como ser necessário. Por isso, só por isso, não sendo de geração espontânea, tem direito à paternidade.

O que oferece, hoje, à criança protegida a mãe biológica?

Decorridos quase cinco anos (agora quase seis) do descobrimento da filha, oferece arrependimento e insegurança.”

Sequer ficou comprovado, nestes autos, Sr. Presidente, que a mãe biológica terá condições de criar a filha.

Ao contrário, Sr. Presidente, os autos nos dão notícias, a fls., via informação dos comissários Maria José Vilhena e José Eustáquio Torres que:

“Todavia, decorridos poucos dias, o Sr. P. compareceu a este Juizado de Menores, a fim de comunicar sua transferência de endereço, possibilitando-nos assim a realização efetiva da sindicância que nos fora determinada proceder, para a devida instrução do pedido de adoção.

Dirigimo-nos à sua nova propriedade, que é uma casa residencial bem confortável, com dois quartos, sala, copa, cozinha, banheiro e instalação sanitária, tanque, área, possuindo ainda um terreno de 500 metros quadrados, mais ou menos.

Recebidos com toda cordialidade, fomos muito bem tratados e colocados inteiramente à vontade para o desempenho de nossa missão, ficando-nos desde logo a impressão de estarmos lidando com pessoas de fina educação.

Os requerentes, o Sr. P. e D.<sup>a</sup> Z., têm respectivamente 44 e 38 anos de idade, achando-se casados há 21 anos.

A casa é muito bem arrumada, as plantações cuidadas, demonstrando de maneira eloqüente ser D.<sup>a</sup> Z uma caprichosa dona de casa,

O marido tem uma renda mensal obtida do seu trabalho de motorista autônomo e como motorista de uma auto-escola.

O serviço diário da casa conta com a ajuda de uma empregada, senhora casada, para que D.<sup>a</sup> Z. dedique seu tempo aos cuidados que se fazem necessários e indispensáveis a uma criança de tenra idade, tonado-a sempre por entre os braços, numa visível prova de amor recíproco.

No que diz respeito à menor F. é uma criança bonita, saudável, bem disposta, que demonstra muito agarramento ao casal que a tem sob sua guarda.

Pelo álbum de fotografias que nos foi mostrado, sempre sorridente vai crescendo cada vez mais formosa”.

Sr. Presidente.

Pelo que se mostrou, tenho certeza de que, se fosse aplicada aqui a sábia decisão do rei Salomão, os pais adotivos por certo que ofereceriam a criança de volta para a mãe biológica, isto porque ficou demonstrado no bojo destes autos a idéia de que mais valem pais amorosos, ainda que adotivos, do que mãe verdadeira que, no auge do desequilíbrio familiar provocado pelo avô de F., cometeu a burrice de doar a criança - “vergonha da desonra de C”.

Nos embargos de fls., a embargante se bate por uma liminar de busca a apreensão da menor F., que os ora embargados, após o lapso de tempo concedido pelo Juizado de Menores - 120 dias -, teriam dilatado.

*Data máxima venia*, esta discussão já se deteriorou no tempo - são águas passadas - e, após quase 6 anos em que F. se encontra com os pais adotivos, como disse alhures, seria uma violência retirá-la da casa acolhedora - aí, sim, iria provocar “o sofrimento de todos os envolvidos, mormente o da criança “(fls.).

Penso que a solução para o presente caso, independentemente da decisão deste Tribunal, seria a possibilidade de F. ser protegida futuramente por duas famílias amorosas, sem mágoas, mas caberá a F. (personagem mais importante desta estória) o direito de julgar o comportamento da mãe biológica e dos pais adotivos, e acrescento que estes últimos, para mim, de sã consciência são os verdadeiros pais.

Com estas considerações, *data maxima venia* do entendimento do voto minoritário da lavra do e. Des. Bady Curi, hei por bem desprezar os embargos para manter, pelos seus próprios fundamentos, o v. acórdão embargado.

É meu voto.

O Sr. Des Campos de Oliveira: A retrospectiva dos fatos feita pelo e. Relator revela que a embargante se engravidou quando tinha dezessete anos de idade, de modo que é de se imaginar o drama por ela vivido durante a gravidez, sabedora das dificuldades que enfrentaria com o nascimento da criança que trazia no ventre, que ela, a todo custo, procurava manter com sua aparência normal.

Quando do nascimento da menina F., portanto a embargante tinha em torno de 18 anos de idade, época em que a jovem ainda se mostra imatura, fazendo

agravar, ainda mais, o drama que vivia, de modo que sua vontade estava inteiramente viciada quando manifestou a desistência da filha, que nascera no dia 20.1.88 (fls.).

A tal desistência foi manifestada no dia 28 do mesmo mês (fls.).

Dir-se-á que a mãe da embargante subscreveu a desistência, mas também é fácil imaginar o seu drama, que, além do impacto provocado pelo nascimento da neta, naquelas circunstâncias, via ruir o seu casamento com a deserção do seu marido do lar.

É cômodo, hoje, atirar-se pedra na embargante e sua mãe, por seu procedimento, mas o Julgador deve-se transportar mentalmente para o palco dos acontecimentos e dizer se era razoável a conduta delas naquelas circunstâncias ou não.

Note-se que a embargante poderia ter adotado outra postura, que é rara, abandonado a filha em local de difícil acesso ou até mesmo tê-la matado. Mas preferiu preservar sua vida, dando-a à luz cercada de conforto e segurança, com plenas e totais possibilidades de sobrevivência.

E, a propósito, há poucos dias, nesta Capital, segundo noticia o jornal *O Globo*, de 19 de novembro último, Primeiro Caderno, p. 9, uma jovem de 20 anos jogou o filho da janela de um hospital, após o parto, ocorrido clandestinamente no banheiro, o que confirma o drama por mim ressaltado.

Então, a embargante não é essa mãe desnaturada que os embargados tentam demonstrar. E tanto é que, já em 29.12.88, procurava ter a posse e a guarda da filha (fls.).

Por isso, coloco-me de inteiro acordo com o e. Relator da apelação, ressaltando que, se os embargados tivessem cumprido o prazo da guarda provisória (120 dias, fls.) - o que já torna a posse questionada ilegítima - por certo esta demanda teria sido evitada. Mas o juizado tem a sua parcela de culpa, por não ter cobrado o cumprimento do prazo e decidido a pretensão com acentuado atraso, o que teria evitado, com certeza, o aparecimento de seqüelas afetivas ou psicológicas, se ocorreram.

A inicial foi despachada em 3.1.89 (fls.). Mas o julgamento só ocorreu em 23 de maio do ano seguinte (fls.), mais de um ano e quatro meses depois e, de lá para cá, mais de três anos decorreram, totalizando, entre a propositura do pedido e este julgamento, quatro anos e dez meses.

Entretanto, o decurso do tempo não pode, *data venia*, servir de argumento contra a embargante, para justificar uma decisão contrária a ela - tão-somente para se evitar a ocorrência de seqüela com relação à menor -, pois a embargante estaria sendo punida por essa demora, para a qual não concorreu.

De qualquer forma, a menina F. completará seis anos em janeiro de 1994, fase em que se adaptará, facilmente, à família de sangue, pois enorme é a capacidade de adaptação das crianças.

Entre os pais biológicos e os pais emprestados, não tenho dúvida em favor daqueles decidir, em igualdade de condições - a prova mostra que a criança ficará bem no seio da família sangue -, pois o que se busca, nos processos da espécie é o bem-estar do menor.

A propósito, o Prof. Marco Aurélio S. Viana acentua que: O pátrio poder é instituto erigido visando à proteção dos filhos. Com esse escopo os pais são investidos de um complexo de direitos e deveres em relação à pessoa e bens dos

filhos não emancipados. Trata-se de verdadeiro *munus* público. Destaca-se o cunho protetivo do instituto” (Curso de Direito Civil - Direito de Família, 2/195.).

Caio Mário tem o mesmo entendimento e, após fazer uma análise de sua evolução histórica ressalta que:

“O direito tem, contudo, passado por enorme transformação a esse propósito. A idéia predominante é que a *potestas* deixou de ser uma prerrogativa do pai, para se afirmar com a fixação jurídica de interesses do filho. Não se visa beneficiar quem o exerce, mas proteger o menor. E tal preponderância do interesse do filho sobre os direitos do pai aconselha a mudar a designação de *pátrio poder* para *pátrio dever*”(Instituições de Direito Civil, V/232).

A doutrina e a jurisprudência, portanto, orientam-se no sentido de que o que deve prevalecer é o bem-estar da criança e os *experts* que se manifestaram nos autos dizem que a menor ficará melhor com a mãe biológica, como ressaltou o d. Relator da apelação.

Apesar de tudo, a menor F. é uma criança feliz, por estar sendo disputada por sua mãe e pelos seus guardiães, quando milhares de crianças neste País se encontram nas ruas, sem amparo e sem perspectivas favoráveis. Mas, como afirmou o e. Des Bady Curi, “é de todo recomendável e necessário, sobretudo, que os rancores originários, inevitavelmente, de contendas pessoais desse calibre, sejam abandonados por ambas as partes. Se de fato gostam e se interessam pelo futuro da menor F., devem as partes permitir-se mutuamente o convívio com a criança e procurar o estreitamento de laços entre as famílias, eis que somente assim contribuirão, verdadeiramente para a felicidade presente e futura de F.”(fls.).

Portanto, com o meu pedido de vênias ao não menos e. Relator dos embargos, acolho estes para negar provimento ao apelo, acompanhando o voto minoritário, estendendo o meu pedido de vênias aos demais Colegas que pensam diferentemente.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Bady Curi: Confortado com o minucioso voto do Des. Campos Oliveira, vou dispensar-me de tecer considerações outra que não aquelas que já coloquei nos autos quando do julgamento da apelação e também recebo os embargos.

O Sr. Des. José Loyola: Não obstante os excelentes votos proferidos pelos e. Des. Bady Curi e Campos de Oliveira, entendo que o que se deve aqui para se proceder com justiça não é o direito que a embargante de reclamar para si a menor F., sua filha. O que importa, porém, é o destino de F. e é inimaginável o risco que pesa sobre essa criança, se for acolhido a aventura, por decisão nossa, de arrancá-la das mãos e da companhia dos pais que conhece, para forçá-la a conviver com a mãe que nunca conheceu.

Com todo o respeito que merecem os Des. Bady Curi e Campos Oliveira, não vejo razão para modificar o voto por mim proferido em julgamento anterior.

Voto como o e. Relator, Des Caio de Castro, rejeitando os embargos.

O Sr Des. Antônio Hélio Silva: Peço vênias aos e. Revisor e Primeiro Vogal, que entendem de modo contrário, mas, no caso presente, os direitos da menor sobrepõe-se aos demais, para a sua proteção, devendo a questão ser decidida na forma mais conveniente para seu bem-estar.

Deve-se levar em consideração a idade de F., que hoje se encontra com quase seis anos, e a mudança brusca do lar e de seus pais, na faixa etária em que



se encontra, irá prejudicá-la em demasia, pois há quase seis anos que tem como pais os embargados, de quem sempre recebeu afeto, amor e amparo, sendo eles os verdadeiros pais, apesar de substitutos, pois a criaram desde tenra idade, e ela não pode ser disto despojada, sob pena da possibilidade de sofrer trauma irreparável na sua formação.

Por outro lado, F. sequer conheceu sua mãe biológica, sendo que ainda bebê foi dada à guarda dos apelados, que a ampararam e protegeram, como já dito, e não há nos autos, pelo que deles conheço, notícia de que a apelante tenha condições, não só financeira como também emocional, de criar a filha, para que se pudesse pensar em remover a criança do lar onde se encontra.

De mais a mais, como bem colocado pelo Relator destes embargos, a criança não é objeto material, sujeito a ficar à mercê dos interesses dos adultos, não é material de experiência, que se possa ser levada de uma família para outra, sem se cuidar de seus interesses e direitos.

Quanto à dilação do prazo de 120 dias da guarda provisória, temos que tal fato se tornou irrelevante, haja vista estar a menor com quase seis anos de idade, sendo desnecessária qualquer discussão em torno desta matéria, porque, como já dito, o que deve ser pesado é o seu bem-estar, e retirá-la de quem a acolheu pode ser um tormento para a mesma, e não deve ser sacrificada por questões processuais, tendo em vista que a situação fática no momento é outra completamente diferente de quando possuía apenas quatro meses de idade, quando sua adaptação e a um novo lar seria com menor possibilidade de prejuízo para sua formação.

Por estas razões, e não vendo nenhum inconveniente, tenho que F. deve permanecer com os pais substitutos, por serem eles seus “verdadeiros” pais, e o fato de eles estarem dificultando o deslinde da demanda, ausentando-se da residência, em nada modifica meu ponto de vista, porquanto tentam proteger a menor, por acharem conveniente que ela permaneça com eles, independentemente de cumprimento de normas legais, que talvez desconheçam.

Pelo exposto, mais uma vez com a devida vênia, rejeito os presentes embargos.

Custas, *ex lege*.

Embargos Infringentes 206/93-RJ. F. M. O. e M. A. R. (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Álvaro Mayrink da Costa. 21 de setembro de 1994. Revista dos Tribunais, São Paulo, 724, p. 414-417, fev. 1996.

MENOR - Guarda - Pedido formulado pelos tios - Admissibilidade - Genitora denunciada como autora de homicídio contra o pai do menor e, por estelionato - Conduta social incompatível com os padrões éticos da sociedade dominante, acarretando risco para a educação e formação do menor - Prevalência do interesse do menor - Visitação resguardada à genitora.

*Ementa oficial:* A maior preocupação do julgador deve se dirigir no sentido de atender tão-só aos interesses do menor, e como tal, pode privar a plenitude do exercício do pátrio poder, principalmente diante da conduta da genitora, acusada de matar o seu pai por motivo torpe, crime hediondo “ex lege” e levar conduta incompatível com a moral média da macrossociedade, inclusive deixando-se fotografar em posições eróticas-obsenas em quarto compatível aos velhos prostíbulos, sem qualquer finalidade artística.

ACÓRDÃO - Vistos relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes em que figura como Embargante F. M. O. e como Agravados M. A. R. e outra, Acordam os Desembargadores do 4<sup>o</sup> Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, rejeitarem os embargos.

1. RELATÓRIO - 1.1 para o devido exame recursal, abrindo espaço à compreensão do tema colocado na controvérsia, à guisa de memorial, registre-se por via do presente relatório que a Embargante, F. M. O. N., figura como ré em uma ação de procedimento ordinário promovida perante o Juízo de 6<sup>a</sup> Vara de Família da comarca da Capital, promovida pelo ora embargante M. A. R. e sua mulher, objetivando a guarda do menor R. O. N., na condição de tios do menor, em razão da embargante estar denunciada como autora da morte de seu marido, pai do menor, assassinado de forma torpe, quando se encontrava dormindo na residência do casal, acrescentando que logo após o fato, a dita embargante entregou o citado menor ao casal embargado, tendo a pretensão obtido êxito perante o Juízo de Família, tendo a r. sentença prolatada a fls. Assim decidido, *verbis*:

Omissis

“Como alegou, o sempre diligente Órgão do Ministério Público, o que constituiu suporte para alicerçar a pretensão dos Autores, é efetivamente, a demonstração pelos autores de que vem prestando assistência regular ao menor, o qual já vinha com os mesmos permanecendo por períodos anteriores, aliado ao fato de que, não logrou a mãe do menor a prova de que assistia o filho com a diligência exigida por toda aquela que detém a maternidade, ao contrário, existe prova nos

autos, quanto ao descuido da mãe na assistência médica e educacional do menor, quando tinha a guarda de seu filho. Mas, principalmente, pesa neste alicerce, a manifestação da vontade do menor, ouvida perante este Juízo, em audiência anterior, em que afirmou desejar permanecer com os tios, visitado pela genitora. Nestas condições, pelas razões aqui expostas e ainda pelas razões expostas pelo d. órgão do M P , que passam a integrar a sentença, julgo procedente o pedido, para deferir aos Autores, a guarda do menor R. O. N., conferido à genitora o direito de visitação, tudo na forma da Liminar anteriormente concedida. Condeno a ré as custas processuais e os honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor atribuído à causa.”

1.2 Irresignada, interpôs recurso de Apelação distribuída à 8ª Câmara Cível, sob o n. 4.666/92, a qual por maioria de votos, negou provimento ao recurso, vendido o ilustre Des. Revisor (v. fls.).

Em seu voto-condutor o ilustre Des. Luiz Carlos Guimarães, sustenta, *verbum pro verbo*:

“No mérito, a sentença deu ao litígio solução adequada, eis que o interesse do menor, que prevalece e que se extrai da prova produzida é mante-lo sob a guarda dos AA-Apelados, sendo certo que, ouvido, assim se manifestou o menor. Não posso, em sã consciência, entregar o menor, contra a sua vontade, a genitora sobre a qual pesa a suspeita do crime sofrido pelo genitor”.

1.3 Ficou vencido o ilustre Des. Marlan de Moraes Marinho, que improvia para julgar improcedente o pedido de guarda diante dos seguintes argumentos, lançados no voto-vencido, em sua conclusão, *verbis*:

“É que o menor, cuja guarda se discute, está submetido ao pátrio poder, exercido pela mãe face a morte do pai. Portanto, antes da extinção ou suspensão deste pátrio poder, não se pode, sem o consentimento de seu titular, deferir a guarda do referido menor a terceiros, a não ser em casos excepcionais, que não me parece, ocorrer na espécie.

A alegada suspeita da autoria da morte do marido, recai sobre a apelada, *data venia*, não é motivo suficiente para justificar tamanha violação aos direitos da mãe, a não ser que mais prevaleça o princípio estabelecido no sentido de que todo mundo é inocente até prova em contrário”.

1.4 Inconformada, a ré-Apelante, F. M. O. N., não aceitando o v. Acórdão da E 8ª Câmara Cível do TJRJ, interpõe os presentes Embargos Infringentes a fls., admitidos a fls., cujas razões são ofertadas a fls., ressaltando os argumentos do voto-vencido devem ser acolhidos porque melhor situou e decidiu a controvérsia, destacando que com o falecimento do genitor do menor, o exercício do pátrio poder passou a ser exercido pela mãe *ex vi* do art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente e a guarda jamais poderia ter sido deferida a terceiros, sem o consentimento da mãe, antes da suspensão ou extinção do pátrio poder, pleiteado ao final, que os presentes Embargos Infringentes sejam acolhidos a fim de ser julgado improcedente o pedido, condenado os autores ora embargados em custas e honorários advocatícios.

1.5 Os embargados ofertaram a sua impugnação a fls., com as contra-razões a fls., salientando a orientação pretoriana do antigo Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara que entendia, sobre a guarda e responsabilidade do menor, que o pedido de busca e apreensão deveria ser indeferido quando a genitora não oferece condições de zelo e caráter. Outrossim, não se está questionando a perda

do pátrio poder, objeto de ação à parte, sobrestada até o julgamento da presente lide, pleiteando a manutenção do julgado.

2. FUNDAMENTAÇÃO - 2.1 As suscitações deste pedido expostas no relatório *ut supra*, entendo-as como bem respondidas pelo voto-condutor no venerado Acórdão hostilizado, que ao nosso sentir bem decidiu a especial questão fática, a qual não exige maiores discussões temáticas, *premissa maxima venia*, do duto voto vencido, na orientação imprimida pela r. sentença e pela maioria, no acórdão embargado. A preocupação de melhor atender o interesse do menor é de tal modo relevante que deve derrogar todas as regras e inspirar o julgador em todas as decisões, diante do princípio a ser tomado na solução dos litígios sobre a guarda e manutenção de menores. Note-se que o *thema probandum* se inicia no interesse do menor que é o único argumento a limitar sua genitora na plenitude do exercício do pátrio poder, do direito de guarda.

Já o STF decidiu *ipsis verbis*:

“Em relação à guarda dos filhos, em qualquer momento pode o Juiz ser chamado a revisar decisões, atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse dos filhos e não a pretensão do pai e da mãe” (STF, DJU, de 20.12. 1967, p. 4.40).

No caso presente, a embargante acaba de ser também denunciada pela Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro pela incidência comportamental do art. 171, §. 3º CP (v. fls.)

2.2 Em seu duto Parecer, o ilustre Procurador Dr. Valneide Serrão Vieira, assim se manifesta, *verbatim*:

“Parece a esta Procuradoria de Justiça que segundo os elementos de prova existentes nos autos o menor R. encontra-se em “perigo moral”- a questão do “abandono moral” está colocada nos autos da apensada ação de destituição do pátrio poder, presentemente suspenso o processo por considerada prejudicialidade heterogênea - , dada a pretensão punitiva inaugurada pela denúncia da embargante como autora do crime de homicídio triplamente qualificado e agravado (Código Penal, art. 121, § 2.º , I, III e IV, c/c o art. 61, II, e), fato jurídico novo demonstrado antes da decisão colegiada (fls.) que, se observado pelo eminente julgador que votou vencido (CPC, art. 462), certamente outro poderia ser o seu entendimento.

Ademais, a prova colhida e cuidadosamente examinada, indica uma moralidade censurável no comportamento da embargada enquanto mãe, o que permite a presunção *hominis* de por em risco a criação e a educação do filho, que encontra no lar dos guardiães (embargados) o ambiente presentemente desejável para o seu bem estar, moral e material.

Por fim, desnecessário sublinhar que as decisões sobre a guarda de menores nunca transitam materialmente em julgado, coisa julgada que está reservada à ação de perda do pátrio poder, suspensa em razão de alegada prejudicialidade, sem que as partes litigantes tivessem manifestado qualquer inconformismo (autos apensados)”.

2.3 Assim, não tem, a Embargante razão em seu pleito de reforma. Desta forma, no quadro fático ora apresentado, a decisão espelhada no v. Acórdão hostilizado é, ao nosso sentir, o que melhor atende aos interesses do menor em questão.

Ao nosso sentir, não há no conjunto probatório elementos que permitem levar a modificação do quadro de conflito instalada pelo comportamento altamente reprovável nos planos éticos e jurídicos do obrar desvalorado da Embargante. A modificação da guarda só poderia ocorrer mediante a verificação de fatos supervenientes que viessem a demonstrar ter-se tornado desaconselhável a continuidade de tal situação consagrada.

Se o homicídio hediondo praticado contra o genitor do menor, tendo a Embargante como ré na ação penal pública incondicionada, não nos dá, constitucionalmente, o patamar de presunção de culpa, diante da ausência da coisa julgada, o seu comportamento amoral resultou comprovado, bastando consultar a coleção de fatos em posses atentatórias aos bons costumes que emolduram seu estilo de vida, para retirar-lhe as condições de educadora de uma criança em formação, não estando a violar-lhe o direito líquido e certo, ainda mais quando tomada a decisão pelo v. acórdão hostilizado, com base nas necessidades maiores do menor.

2.4 Os Embargados cuidam do menor com todo o desvelo e carinho, dando-lhe toda a proteção necessária e assegurando-lhe boa formação moral, jamais se lhes podendo apontar qualquer atitude menos digna e, mui ao contrário, uma criação com dignidade e amor.

2.5 Ao nosso aviso, na esteira da lição de Clóvis Beviláqua, se houver motivos graves deverá o Juiz, a bem do filho, regular a guarda até de modo diverso do que fora convencionada, que neste ponto não se tipifica o caso concreto, pois a Embargante teria matado seu marido no apartamento do casal e levado o filho para ser entregue aos Embargados, regulando de modo diverso, em tais excepcionalidades deve proceder o magistrado de família com maior critério, tanto mais discricionária é a sua autoridade, mais se torna extensa a sua responsabilidade.

2.6 Tendo-se em conta as peculiaridades do caso concreto e o interesse maior que é a preservação do direito à uma vida digna do menor, indelevelmente marcado pela tragédia do cotidiano da vida, a despeito douto voto vencido, entendemos que a maioria dirimiu bem a questão dialética.

Assim, nos parece melhor, o que mais explica a real atividade judicial de interpretação e aplicação da lei e a que procura conciliar a legalidade com a Justiça, isto é, a teoria dos círculos legais, que dá ao Juiz poderes discricionários limitados.

3. DECISÃO - 3.1 Pelo fio do exposto, julga-se improcedente os presentes Embargos Infringentes opostos. Rio de Janeiro, 21 de setembro de 1994. Fernando Whitaker, pres. Alvaro Mayrink da Costa, relator

Apelação Cível 595079146. G. L. B. / G. M. B. / M. J. M. B. e Ministério Público. Relator: Desembargador Waldemar L. de Freitas Filho. 06 de dezembro de 1995. Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 175, tomo II, p. 601-602, abril. 1996.

MENOR. GUARDA. COMPETÊNCIA. Se o menor, objeto do pedido de guarda, não é abandonado (definição do art. 98 do ECA), o processo é da competência do Juízo da Família - não do Juízo da Infância e da Juventude. Guarda previdenciária: filha de mãe solteira, que é, ainda, dependente socioeconômica-financeiramente dos seus pais, pode ser dada em guarda previdenciária dos avós maternos.

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam, em 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, rejeitada a preliminar, prover a apelação, nos termos dos votos a seguir transcritos. Custas na forma da lei. Participaram do julgamento além do signatário, os Exmos. Srs. Luiz Felipe Azevedo Gomes e Dr. Ulderico Cecatto, Juiz de Alçada Substituto. Porto Alegre, 06 de dezembro de 1995. Waldemar L. de Freitas Filho, Presidente e Relator.

RELATÓRIO - *Des. Waldemar L. de Freitas Filho*: Cuida-se de apelação interposta por G. L. B. e M. J. M. B., irrisignados com a decisão da fl. 28, que indeferiu o pedido de guarda da menor E. B., formulado pelos apelantes, com a anuência da genitora G. M. B.

Nas razões (fls. 29/33), os avós-recorrentes sustentam que o pedido de guarda visa ao interesse e bem-estar da criança, pois regularizará a sua posse de fato e proporcionar-lhe-á assistência previdenciária.

Com manifestação do *Parquet* pelo desprovimento do recurso (fls. 35-36), mantida a decisão (fl. 47v.), subiram os autos.

Nesta instância, a Procuradoria da Justiça opina pela declaração de incompetência absoluta do Juízo da 4ª Vara de Família e Sucessões, com a decorrente declaração de nulidade da sentença, remetendo-se o feito para o Juizado da Infância e da Juventude (fls. 50/52). É o relatório.

VOTO - *Des. Waldemar L. de Freitas Filho*: Rejeito, *venia premissa*, a preliminar de incompetência absoluta do MM. Juízo *a quo*, erguida pelo Ministério Público nesta instância e, quanto à matéria de fundo, voto pelo provimento do recursos e a procedência do pedido.

No que concerne à incompetência, a alçada do Juízo de Infância e da Juventude, tocante aos casos de guarda, somente é reconhecida quando o infante

ou o adolescente, objetivo do pedido, está abandonado, na definição que é prescrita no art. 98 do ECA; ora, nenhuma das hipóteses, ali elencadas, se tipifica, na espécie.

Não há ação ou omissão do Estado, nem falta, omissão ou abuso dos genitores da menor, muito menos tal acontece em razão da conduta da própria menor, face à sua tenra idade.

A inocorrência de qualquer dos casos do art. 98 do ECA afasta a incidência do parágrafo único do art. 148 do mesmo Estatuto, único caso em que cabe, ao Juízo da Infância e da Juventude, conhecer e apreciar pedidos de guarda.

Aplicáveis, assim, as disposições dos arts. 73, III, "F", 84, IV, ambos dos COJE, que confere aos Juízos de Família a competência para apreciar e julgar causas que envolvam "posse e guarda dos filhos menores, quer entre os pais, quer entre estes e terceiros".

Quanto ao tema de fundo, enquadra-se dentre aqueles, peculiaríssimos, em que esta Câmara tem entendido caber a guarda pretendida.

Trata-se de menor, filha de mãe solteira, que reside com seus pais e, deles, ainda é dependente, social e econômico-financeiramente. O estudo social das fls. 16/19 retrata, com fidelidade, essa situação, em que os avós maternos da criança são os que sustentam a menor e sua mãe, sem que se saiba quem é o pai. A mãe é estudante e depende, econômico-financeiramente, dos pais, os apelantes. Não possui qualquer renda, nem inscrição em entidade previdenciária; a menor, assim, está totalmente desassistida, previdenciariamente. O art. 35, §§ 2º e 3º, do ECA, desenha a peculiaridade desta guarda, inclusive explicitando a possibilidade para fins previdenciários.

Não se trata, aqui, de mera conveniência ou comodidade da mãe da menor, mas de absoluta necessidade da menina, em ter alguma assistência médico-previdenciária a alentá-la. Não me parece justo que a mãe da menina seja dependente previdenciária dos recorrentes e a própria menor, não.

Por tais razões, após rejeitar a preliminar de incompetência, dou provimento à apelação para deferir a guarda da menor, como dependente previdenciária dos recorrentes. Custas *ex lege*.

O Des. Luiz Felipe Azevedo Gomes e o Dr. Ulderico Cecatto - De acordo.

Conflito negativo de competência. Conflito de Competência e Atribuição 595175803. Juiz da Infância e da Juventude da Comarca de Caxias do Sul e Juíza de Direito da 2ª Vara de Família da Comarca de Caxias do Sul. Relator: Desembargador Alceu Binato de Moraes. 13 de dezembro de 1995. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 175, Tomo I, p. 352-353, abril. 1996.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Guarda de menores. Genitora, que detinha a guarda dos filhos menores, morta pelo ex-marido, pai dos infantes e que se encontra em lugar incerto e não sabido, assim se omitindo no exercício do pátrio poder. Tios que pretendem a guarda. Presença de hipóteses dos arts. 148, parágrafo único, a, e 98, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Conflito negativo julgado improcedente. Competência do Juízo Menoril, e não da Vara de Família.

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam, em 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, julgar improcedente o conflito e competente o juízo da Infância e Juventude, nos termos dos votos a seguir transcritos. Custas na forma da lei. Participaram do julgamento, além do signatário, os Exmos. Srs. Des. Paulo Heerdt e o Dr. Ulderico Cecatto, Juiz de Alçada em regime de exceção. Porto Alegre, 13 de dezembro de 1995. Alceu Binato de Mares, Presidente e Relator.

RELATÓRIO - *Des. Alceu Binato de Moraes*: Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pelo Dr. Juiz da Infância e da Juventude da Comarca de Caxias do Sul, figurando como autoridade suscitada a Dra. Juíza de Direito da 2ª Vara de Família da mesma comarca.

M. A. A. e M. B. A. ajuizaram, como tios, pedido de guarda de seus sobrinhos, T. A. F. e D. R. F., menores, face ao óbito de sua genitora, decorrente de homicídio praticado pelo ex-marido, pai das crianças, e, o genitor, por encontrar-se em lugar incerto e não sabido. A mãe detinha a guarda dos filhos, D. com 7 anos e 11 meses de idade e T. com 4 anos e 10 meses.

A ação foi proposta perante a 2ª Vara de Família, declinando a magistrada da competência, por entender competente aquele juízo, unicamente, nas hipóteses em que a guarda esteja sendo discutida no bojo de processo de separação judicial. Declinou da competência ao Juizado da Infância e da Juventude, invocando os arts. 98, II, e 148, parágrafo único, a, do Estatuto da Criança e do Adolescente. O digno magistrado do Juízo Menoril suscita o presente conflito de competência, dizendo que, no caso, os menores se encontram sob a responsabilidade dos tios, não sendo a hipótese da tomada de medidas protetivas de colocação em família substituta (ECA, art. 98).



A Dra. Procuradora de Justiça é pela improcedência do conflito e competência do Juízo da Infância e da Juventude. É o relatório.

VOTO - *Des. Alceu Binato de Moraes*: Eminentes Colegas. O Estatuto da Criança e do Adolescente não alterou a situação vigente à época do Código de Menores, porquanto o art. 148, parágrafo único, faz referência ao art. 98, dentre as hipóteses neste previstas e estando a que cabe a aplicação de medidas de proteção à criança e ao adolescente, pelo Juizado da Infância e da Juventude, quando os direitos reconhecidos na lei especial forem ameaçados ou violados “por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis”(inc. II).

Ora, é o caso dos autos, pois a mãe dos menores, que lhes detinha a guarda em razão de separação do marido, pai dos infantes, fora por este morta, encontrando-se ele em lugar incerto e não sabido, em razão do homicídio praticado contra sua ex-mulher, o que revela omissão no exercício do pátrio poder. Além de suprimir o direito dos filhos de conviverem com a mãe, em razão do homicídio, ainda, o pai os deixara em abandono, não dando notícias de seu paradeiro. E pouco importa estejam os menores na companhia de tios, os requerentes da guarda, pois que tal situação não fora ensejada e nem se sabe se desejada pelo genitor, como obra de conveniência às crianças.

A hipótese dos autos enquadra-se, pois, na regra dos arts. 98, II e 148, parágrafo único, *a*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que acarreta a competência do Juízo Menoril.

Os menores não possuem mãe, e o pai omite-se no exercício do pátrio poder, não afastando tal condição o só fato de os tios desejarem a guarda, parentes que sequer detêm a custódia de fato, pois que dizem estar as crianças aos cuidados de uma empregada, na residência do casal. Flagrante, pois, o abandono e a situação irregular em que se encontram os menores.

Assim, eminentes Colegas, dou pela improcedência do presente conflito e declaro competente o Juizado da Infância e da Juventude. É o voto.

O Des. Paulo Heerdt e o Dr. Ulderico Cecatto - De acordo.

Apelação Cível 595155276. A. B. L. e A Justiça. Relator: Desembargador Sérgio Gischkow Pereira. 09 de novembro de 1995. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 177, p. 387-389, ago. 1996.

MENOR. GUARDA DEFINITIVA. O Estatuto da Criança e do Adolescente permite a guarda autônoma, e não apenas como medida incidente em procedimentos de tutela e adoção. Porém, só excepcionalmente. Assim, é preciso fazer pesquisa fático-probatória, a fim de apurar se há, ou não, caso excepcional que permita aquela espécie de guarda. Daí decorre a inevitabilidade de se cassar a sentença que, desde logo, decide pela impossibilidade jurídica do pedido, sem julgamento de mérito, pois parte do pressuposto de que a guarda foi solicitada unicamente para fins previdenciários, do que não se dispõe de suficiente prova.

ACÓRDÃO - A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, acorda em dar provimento para cassar a sentença. Custas como de direito. Participaram do julgamento, além do signatário, os Exmos. Srs. Des. Eliseu Gomes Torres e Antônio Carlos Stangler Pereira, Presidente. Porto Alegre, 09 de novembro de 1995. Des. Sérgio Gischkow Pereira, Relator.

RELATÓRIO - *Des. Sérgio Gischkow Pereira*: 1. A. B. L. aforou ação de guarda e responsabilidade em favor do menor B. B. L., nascido em 25-01-95, filho de N. R. M. e G. B. L.. Asseverou que o menor não possui bens ou rendimentos, e aduziu que guarda parentesco com o mesmo. Ao final, pleiteou a procedência do pedido de colocação em família substituta, com fundamento nos arts. 165 e 166 da Lei 8.069/90. Juntou os documentos das fls. 03/08.

2. Em audiência de apresentação (fl. 12), foram ratificados os termos da exordial, oportunidade em que foi esclarecido que a autora é avó materna do menor e que a mãe biológica deste reside na mesma casa.

Ademais, foi dito que a requerente já possui a guarda de outra filha de G., que trabalha durante meio expediente na Prefeitura, e que a mãe biológica permanece em casa cuidando os filhos.

3. Oportunizada vista dos autos ao Ministério Público, este se pronunciou nas fls. 13/14 pela extinção do feito, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC.

4. Em sentença das fls. 16/18, a magistrada indeferiu o pedido formulado pela demandante, por falta de amparo legal.

5. Irresignada, apelou a demandante, fls. 25/26. Invocou o art. 33 e seus parágrafos do Estatuto da Criança e do Adolescente, ponderando que deseja apenas regularizar uma situação já de fato existente, preservando o direito fundamental da criança de ser criada no seio de sua família, já que a mãe biológica é extremamente limitada por ser deficiente física, conforme laudo médico em anexo.

Além disto, afirmou ser o pai do menor um desajustado social e irresponsável, o que contribuiu para o deferimento da guarda da neta mais velha, uma vez que responsável pela subsistência de sua filha e, conseqüentemente, pelos netos advindos de uma relação totalmente irregular e de alto risco devido às circunstâncias especiais de G.

Assim, para assegurar um futuro tranqüilo à criança, requereu fosse reformada a decisão monocrática e provido o apelo. Acostou o documento da fl. 27.

6. Em contra-razões das fls. 30-35, o Órgão Ministerial, como Curador de Menores, defendeu a reforma do *decisum*, bem como o provimento do recurso. Observou que o pedido em tela não se enquadra no inc. VI do art. 267 do CPC, ou seja, não é juridicamente impossível, eis que a guarda pode conviver com terceira pessoa diversa dos detentores do pátrio poder.

Ademais, as circunstâncias fáticas demonstram a dependência moral, educacional, alimentar, sentimental, etc., sem haver motivos para a destituição do pátrio poder dos pais, podendo a guarda ser dada fora dos casos em que é destinada à preparação da tutela ou da adoção. Neste sentido, citou doutrina do Des. Yussef Said Cahali.

Por fim, ressaltou as qualidades da apelante e a comprovação de que a genitora do menor apresenta dificuldades físicas, em decorrência de paralisia infantil, pedindo a concessão da guarda requerida.

7. À fl. 36, a magistrada manteve a decisão hostilizada, remetendo os autos a esta Corte.

8. Nesta instância, a Dra. Procuradora de Justiça fundamentou seu entendimento em parecer das fls. 39/40, onde opinou pelo provimento do apelo. É o relatório.

**VOTO - Des. Sérgio Gischkow Pereira:** Tenho que sentença deve ser cassada, para que prossiga o processo em sua tramitação, até o julgamento de mérito. No entanto, quero deixar bem claro, não estou dizendo seja o caso de concessão da guarda no caso concreto; aliás, nem seria lícito tal prejulgamento.

Estou exclusivamente considerando que a matéria exige melhor indagação fático-probatória. Veja-se, por exemplo, que passou a ser afirmado que o pedido inicial é somente para fins de previdência social, o que não apareceu nas postulações da apelante. Outrossim, não se investigou se afinal a doença da mãe é de molde a impedir que esta exerça satisfatoriamente o pátrio poder e o decorrente dever-direito da guarda. Não é possível ficar no debate apenas de teses jurídicas, em abstrato, sem levar em conta as circunstâncias do caso concreto em análise.

Por outro lado, deixo claro que vejo como possível a guarda definitiva mesmo em situações em que não haja perda de pátrio poder. O art. 33, §2º, da Lei 8.069/90, indo além do §1º da mesma pauta normativa, não permite discussão a respeito. Ainda que para casos excepcionais, permite a guarda forma dos casos de tutela e adoção. E nem é só para “falta eventual dos pais ou responsável”, mas também para “atender a situações peculiares”.

Ora, é preciso apurar se o caso dos autos configura, ou não, uma situação peculiar; esta apuração depende do exame de fato, ou seja, de uma pesquisa probatória. Exemplo de “situação peculiar” seria a hipótese de pais vivos, presentes e não inaptos ao desempenho do pátrio poder, mas que, por razões de doença

permanente, não pudessem atender adequadamente aos deveres de guarda; para se saber se sucede este quadro, somente com feitura ampla de provas.

Não se tira esta dúvida resolvendo pela extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido. Sobre a possibilidade de concessão de guarda da menor de forma autônoma e não somente como medidas incidentes em procedimentos de tutela e adoção: Antônio Chaves, “Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente”, São Paulo, Editora LTR, 1994, pp. 154 e 155 (mencionada arresto encontrável em RT, 671/82).

Aprioristicamente, porém, não posso deixar de concordar que deve haver rigor na análise do assunto, pois há inegável excepcionalidade na guarda autônoma, consoante a lei. E nem poderia ser diferente, pois os pais não podem, sem mais nem menos, abrir mão de seus deveres de guarda, inerentes ao pátrio poder.

Assim, por exemplo, o só interesse previdenciário não credenciaria ao deferimento da guarda definitiva, o que, como foi destacado nestes autos, seria a consagração de uma inverdade pelo Judiciário, e, além disto, em prejuízo manifesto de entidades previdenciárias que não tiveram oportunidade de ser manifestar. Por isto, a minha insistência de que é necessário examinar detidamente as peculiaridades de cada caso.

Assim, dou provimento ao apelo, para o fim de cassar a sentença. Outra deverá ser proferida após produção das provas cabíveis ao esclarecimento dos problemas que pus em meu voto; fará, então exame de mérito. É o meu voto.

Os Des. Eliseu Gomes Torres e Antônio Carlos Stangler Pereira - De acordo.

Recurso de Mandado de Segurança 6.395-SP. (N. C.) e A Justiça. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 27 de fevereiro de 1996. Revista dos Tribunais, São Paulo, 732, p. 171-174, out. 1996.

MANDADO DE SEGURANÇA - Ato judicial - Decisão que cabe recurso - Inadmissibilidade.

*Ementa Oficial:* Doutrina e jurisprudência, antes da Lei 9.139/95, haviam assentado entendimento no sentido de somente caber mandado de segurança contra ato judicial recorrível, a fim de emprestar efeito suspensivo a recurso dele desprovido, quando regularmente interposto, e na presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, cumulativamente, com a finalidade de acautelar a parte contra a ocorrência de dano de difícil ou incerta reparação. Apenas em casos excepcionais, quando, além dos demais pressupostos, a decisão se apresenta manifestamente abusiva ou teratológica, seria dispensável a interposição do recurso próprio.

MENOR - Preservação prioritária de seus interesses.

*Ementa Oficial:* A doutrina do direito do menor busca preservar prioritariamente os interesses da criança e do adolescente, dispensando especial atenção à sua formação e integridade física e moral.

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Mins. Da 4ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o relator os Mins. Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Fontes de Alencar. Brasília, 27 de fevereiro de 1996 - Sálvio de Figueiredo Teixeira, pres. e relator.

EXPOSIÇÃO - O *Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*: Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Juiz de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional de Jabaquara - SP, que restringiu, nos autos de separação judicial, o direito de visitas do impetrante à sua filha, determinando que se realizem no plantão judiciário de visitas daquele Fórum.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, foi a segurança denegada pelo TJSP, sob a relatoria do Des. Enio Zuliani, em acórdão de cujo voto condutor extraio:

“Agiu com prudência o ilustre Magistrado.

Diante do relato que a menina fez a familiares, professora e psicoterapeuta, da troca de toques das partes genitais por obra do impetrante em dia de visita, era preciso solução urgente que colocasse a criança a salvo da perversidade da repetição de gesto igual ou outro progressivo e altamente

comprometedor de sua pureza e inocência, até ser satisfatoriamente exaurida a investigação fática já iniciada.

Determinadas situações reclamam decisões imediatas e a impropriedade formal pouco ou nada interferem com o direito a ser resguardado, de sorte que os rigores instrumentais cedem à efetividade da pacificação que o Juiz busca atingir com os meios disponíveis.

Inobstante homologada, em separação, o acordo que garantiu ao impetrante a liberdade da visitação à filha menor, pode e deve o Juiz, diante da denúncia de abuso sexual no período, restringir a convivência e impor severa vigilância, até que, estabelecida a certeza da irrealidade da imputação, retome o pai separando, sem vetos, o seu sagrado direito de participação familiar.

Tal restrição pode ser imposta pelo Juiz em face de seu amplo poder de cautela (art. 798 do CPC), especialmente em matéria de ordem pública, como a de evitar que a execução da sentença se efetive com riscos à integridade física e mental de menor indefesa.

Quanto a saber se houve ou não abuso sexual, este é um ponto que extrapola os lindes da ação mandamental, dependente que é o deslinde da controvérsia fática de uma correta investigação probatória, impossível de ser obtida no rito especial previsto.

O campo apropriado para se chegar a uma exauriente definição encontra-se aberto pelo ajuizamento da ação de desconstituição do pátrio poder, aforada justamente em razão do fato imputado.

Decorreu o ato de grave notícia de desvio das obrigações paternas, e, enquanto não demonstrar o impetrante a improcedência da increpação, sujeitar-se-á, durante as visitas, ao controle e fiscalização determinados, o que não implica necessariamente lesão ao seu direito de visitar a filha.”

Insurgiu-se o impetrante pela via do recurso ordinário em apreço, reeditando os argumentos anteriormente expendidos e acrescentando:

“Ora Excelências! O art. 798 do CPC utilizado pelo v. acórdão recorrido para justificar o ato da D. Autoridade coatora, s. j. m., ressalva a possibilidade de o Juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, ‘... antes do julgamento da lide ...’, o que não é o caso dos autos, visto que foram as visitas do recorrente suprimidas (e modificadas) unilateralmente, em processo findo, sem que houvesse o devido processo legal para tanto...”

Por outro lado, deixou o v. acórdão recorrido de observar que já existe em trâmite ação própria ajuizada pela ex-mulher do recorrente, onde poderia ser concedida eventual liminar caso houvesse necessidade...

No entanto, responde o recorrente ao termo da referida ação, mas suas visitas foram suprimidas em outro feito já findo...

Como será então revogado o ato da D. Autoridade coatora, quando for julgada improcedente a ação própria promovida pela ex-mulher do recorrente???

Como se vê, inobstante haver ação própria em trâmite, conforme admitiu a própria litisconsorte passiva, (ex-mulher do impetrante), as visitas do recorrente à filha foram suprimidas pela D. Autoridade coatora, em processo findo, ferindo inclusive o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e, quiçá, o direito adquirido do impetrante, amplamente protegidos pelo inc. XXXVI do art. 5º da CF.”

O Ministério Público Federal concluiu em seu parecer pelo desprovimento do recurso. É o relatório.

VOTO - O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (relator):  
Desmerece prosperar a irresignação.

A uma, porque voltada a impetração diretamente contra a decisão judicial, pleiteando cassá-la ou suspender-lhe a execução. Doutrina e jurisprudência já assentaram o entendimento de que descabe a utilização do *mandamus* contra ato judicial recorrível, como sucedâneo do recurso próprio ou panacéia jurídica, servindo, quando presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, cumulativamente, para emprestar ao recurso dele destituído efeito suspensivo. Somente em casos excepcionais, quando, além da probabilidade de danos irreparáveis, e demais pressupostos, na decisão manifestamente abusiva ou teratológica, se tem admitido a dispensa da interposição do recurso próprio.

A duas, porque, no âmbito em que posta a controvérsia, merece respaldo a decisão judicial atacada, inteiramente harmonizada com a moderna sistemática do direito do menor, segundo a qual a integridade física, mental e emocional do menor prevalece sobre qualquer outro direito invocado pelos pais ou por terceiros.

Pertinente, no ponto, o magistério de Marco Aurélio S. Viana (in *Direitos de Família e do Menor*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992, n. 5.8, p. 140), do qual colho:

“No direito pátrio a proteção dispensada ao menor tem por escopo decisivo o seu interesse, que paira soberano, e a lei preserva. Se os pais têm direito, é respeitável a gama de deveres, criando-se um escudo protetor, que resguarda a criança e o adolescente nas diversas situações em que ele possa se colocar. Com os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal e a disciplina do Estatuto, dispomos de instrumentos decisivos para a realização da proteção integral. O Direito de Família é extremamente sensível às transformações morais e espirituais. O abrandamento dos sentimentos de parcela da humanidade está presente na legislação. O trabalho da jurisprudência e da doutrina referenda essa tese, porque a tendência foi sempre direcionada no sentido de tutelar o menor. João Baptista Villela deixou este ponto claro, quando pondera que o Estado toma a si a defesa das prerrogativas da criança e do adolescente, reduzindo o arbítrio dos pais, e sustenta que ‘nesse novo quadro de referências, o estalão geral que tudo determina e orienta é o bem do menor. Portanto, enquanto as prerrogativas dos pais, tutores, guardiões sofrem todas as limitações que se revelam necessárias à preservação daquele valor, amplia-se a liberdade do menor em benefício de seu fundamental direito de chegar à condição adulta sob as melhores garantias materiais e morais’. O Estatuto persegue esse ideal. Ele se constitui em estágio maior da evolução operada nessa área. Sob a ótica do Direito o menor encontra proteção adequada.”

A três, porque a argumentação do recorrente, no concernente às impropriedades técnicas cometidas pela autoridade apontada coatora, não logra prosperar, nos termos em que se expressou o Subprocurador-Geral da República, Dr. Moacir Guimarães Morais Filho, em seu parecer:

“Em resumo, o recurso interposto pelo recorrente restringe-se na tese da ofensa ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, que considera representada pela sentença homologatória no processo de separação consensual, homologado há mais de um ano. Queixa-se também da não utilização da ação própria para modificação do acordo anteriormente homologado, da falta do contraditório judicial e do devido processo legal, sem que a menor G. fosse submetida a uma avaliação

psicológica. Quanto à ofensa ao direito federal também alega que o art. 798 do CPC só poderia ser utilizado pelo Juiz antes do julgamento da lide e não em processo findo, até porque já existia ação própria movida por sua ex-mulher com idêntico objetivo na qual poderia ser concedida a citada limiar, pelo que aponta como violentado o art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88.

Com efeito, o art. 471, inc. I, do CPC estabelece que nenhum Juiz decidirá as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo se se tratar de relação jurídica continuativa sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito; caso em que a parte poderá pedir a revisão do que foi estabelecido na sentença; e nos demais casos também previstos em lei assegura o inc. II do mesmo dispositivo legal a possibilidade de nova decisão judicial. Esta regra processual se harmoniza perfeitamente com o dispositivo legal contido no art. 13 da Lei 6.515, de 26.12.1977, que assegura o Juiz, em qualquer caso a bem dos filhos, e em havendo os motivos graves, regular de maneira diferente da estabelecida anteriormente a situação deste para com os pais.

A sentença que dispõe sobre a guarda de filhos em processo de separação consensual não faz coisa julgada em sentido material, podendo assim ser revista de acordo com a superveniência de fatos que recomendem o poder cautelar do Juiz na forma do art. 798 do CPC, que inclui procedimentos cautelares inespecíficos determinativos de medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte antes do julgamento da lide cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Certo que as medidas cautelares serão requeridas ao Juiz da causa; e, quando preparatórias, ao Juiz competente para conhecer da ação principal. O art. 13 da citada Lei 6.515/77 não estabeleceu momentos processuais para que o Juiz exercitasse o seu poder de cautela, regulando de maneira diferente a situação da guarda dos filhos em relação aos pais, já que dispôs que isto poderá ocorrer “em qualquer caso, a bem dos filhos”. A norma estabelecida na legislação especial permite portanto o poder cautelar do Juiz sem qualquer ofensa ao alegado princípio da coisa julgada do ato jurídico perfeito, do devido processo legal, e até mesmo do contraditório, face o *periculum in mora* que, no caso, poderia tornar irreversível a situação com o retardamento da prestação jurisdicional limiar cautelar, com a audiência da parte contrária.

Entende o MPF como não ofendido o dispositivo da lei processual agitado como afrontados pela decisão recorrida, e também de igual modo sem contrariedade qualquer dispositivo que assegure constitucionalmente direitos e garantias individuais ao recorrente”.

Por todo o exposto, desprovejo o recurso.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO** - Certifico que a E. 4ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. Votaram com o relator os Srs. Mins. Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Fontes de Alencar. O referido é verdade. Dou fé. Brasília, 27 de fevereiro de 1996.



Apelação Cível 48.974/0. (n. c.) e (n. c.). Relator: Desembargador Campos Oliveira. 29 de fevereiro de 1996. Revista dos Tribunais, São Paulo, 733, p. 333-336, nov. 1996.

SENTENÇA - decisão *ultra petita* - Inocorrência - Guarda de filho menor - Imposição de regras de visitação mais restritivas do que as expressas na petição inicial - Interesse do menor que deve prevalecer.

*Ementa oficial:* Não há que se falar em sentença *ultra petita*, quando a decisão se limitar a impor regras de visitação mais restritivas do que aquelas expressas na petição inicial, procurando o magistrado, dentro do seu prudente arbítrio, organizar de forma criteriosa o direito de visitas, para melhor atender aos interesses dos menores.

MENOR - Guarda - Pais separados - Custódia alternada semanalmente - Inconveniência - Permanência sob a guarda da mãe - Direito de visita do pai.

*Ementa oficial:* É inconveniente à boa formação da personalidade do filhos ficar submetido à guarda dos pais, separados, durante a semana, alternadamente; e se estes não sofrem restrições de ordem moral, os filhos, principalmente durante a infância, devem permanecer com a mãe, por razões óbvias, garantindo ao pai, que concorrerá para as suas despesas dentro do princípio necessidade-possibilidade, o direito de visitas.

ACÓRDÃO - Vistos etc., acorda, em T., a 5ª Câm. Civ. Do TJMG, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares, dar parcial provimento ao recurso adesivo e negar provimento à apelação. Belo Horizonte, 29 de fevereiro de 1996 - Bady Cury, pres., Campos Oliveira, rel.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS - Proferiram sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Guilherme Henrique Baeta da Costa e, pela apelada, o Dr. Segismundo Gontijo.

O Exmo. Sr. Des. Campos Oliveira: cuidam os autos de ação de alteração de guarda de filhos, cumulada com fixação de alimentos, que L. I. H., perante o Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, move contra O. B. A. F., dizendo que se acha separada do requerido, com quem foi casada, tendo ele ficado com a guarda dos filhos P. e F., assegurados alguns direitos à requerente; que as condições pactuadas, todavia, não atendem aos interesses dos menores, sendo, pois, impraticáveis, principalmente porque o requerido, profissional de medicina, não tem tempo suficiente para dar atenção aos filhos, que ficam melhor sob a guarda da mãe.

O requerido reconveio, dizendo que a requerente/reconvinda não desfruta de equilíbrio emocional, tanto que faz tratamento há mais de seis anos, sem obter os resultados desejados, além de não dispor de tempo para dedicar-se aos filhos, em razão de suas atividades profissionais; que os filhos ficarão melhor em sua companhia.

Pede que a guarda deles lhe seja deferida, obrigando a requerente/reconvinda a pagar pensão alimentícia, fixada em três salários mínimos.

A final, a ação foi julgada procedente e improcedente a reconvenção, cassada a medida cautelar preparatória.

Inconformado, o réu apelou, buscando, em preliminar, a nulidade do julgamento, por incompetência do juízo; que a decisão é *extra petita*; quanto ao mérito, busca a reforma da sentença, para se julgar procedente a reconvenção e improcedente a ação, com base na prova produzida, que é favorável à sua pretensão, pois qualquer mudança na guarda atual dos filhos trará a eles vários prejuízos.

Recebido o apelo e defendido o efeito de seu recebimento, a apelada opôs embargos declaratórios, que foram recebidos (f.), mas o despacho foi posteriormente revogado, para que o recurso fosse recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo (f.).

A apelada não ofereceu contra-razões, mas o dr. Promotor opinou pelo desprovimento do recurso.

Entretanto, ela recorreu adesivamente, buscando a recorrente a reforma da sentença, quanto à pensão alimentícia, que deve ser fixada, pelo menos, em dez salários mínimos. E só nessa oportunidade ofereceu contra-razões, defendendo o acerto da decisão hostilizada.

O recorrido adesivo defendeu o desprovimento do recurso, o que não mereceu o acompanhamento do dr. Promotor, que opinou pelo seu desprovimento.

Preparo regular de ambos os recursos.

Foi cumprida uma diligência quando o doutro sentenciante, no juízo de retratação, manteve a decisão.

Ouvida, a doutra Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição das preliminares, desprovimento do recurso principal e provimento do adesivo.

É o relatório.

Vê-se que as partes foram intimadas da sentença em 14.09.1994 (f.), e o recurso principal, interposto no dia 29.09.1994 (f.), no décimo quinto dia, tempestivamente portanto, não tendo aplicação o disposto no art. 198, II, do ECA, pois, como bem acentuou o douto magistrado, em despacho irrecorrido às f.:

“Considerando ser o pedido mais abrangente que a alteração de guarda, o rito a ser observado será o ordinário, onde as partes terão maior amplitude de argumentação” e assim o fez, amparado pelo art. 292, §2º, do CPC, conseqüentemente deslocado o prazo recursal para o do referido estatuto.

Isto posto, conheço do recurso principal e do adesivo, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, mas, preliminarmente, afasto a alegação de nulidade da sentença, por incompetência do juiz, pois dispõe o invocado art. 92 do CPC que compete exclusivamente ao Juiz de Direito processar e julgar “as ações concernentes ao estado e à capacidade da pessoa” (inc. II), mas a ação de alimentos e/ou de guarda não se enquadra no referido inciso. E, além do mais, o art. 22, § 2º, da chamada Lei Orgânica da Magistratura Nacional, dispõe expressamente que mesmo os Juizes que não hajam adquirido a vitaliciedade “poderão praticar todos os atos reservados por lei aos juizes vitalícios”.

Portanto, rejeito a preliminar.

Quanto à outra, de que a sentença é *extra petita*, também não pode ser acolhida, eis que a decisão não apreciou causa diferente da posta em juízo.

A decisão *extra petita* realmente é nula, porém a sentença objurgada não tem o defeito apontado. Mas, pela argumentação oferecida pelo apelante, a decisão seria *ultra petita*, o que não acarreta a sua nulidade, cabendo ao tribunal apenas decotar o excesso.

Como bem esclarece o professor Humberto Theodoro Júnior “a sentença *extra petita* incide em nulidade porque soluciona causa diversa da que foi proposta através do pedido. (...) O defeito da sentença *ultra petita*, por seu turno, não é totalmente igual ao da *extra petita*. Aqui o juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado.”

“A nulidade, então, é parcial, não indo além do excesso praticado, de sorte que, ao julgar o recurso da parte prejudicada, o Tribunal não anulará todo o decisório, mas apenas decotará aquilo que ultrapassou do pedido”(Curso de Direito Processual Civil. Vol. I, 3ª ed. Forense, p. 557/8).

E ainda, a propósito, valho-me dos fundamentos trazidos pelo douto e culto procurador:

“No que tange ao pretense julgamento *extra petita*, alicerçado na imposição de regras de visitação mais restritivas do que aquelas expressas na própria petição inicial, vê-se que o magistrado tão-somente procurou organizar de forma criteriosa o direito de visita em prol dos próprios menores, sendo certo que, nas ações que envolvem a guarda de incapazes e pensionamento alimentar, as regras de exegese são menos rigorosas no aspecto da adequação entre o pedido e a sentença. Vale dizer, requer-se ao juiz que arbitre o período de visitação, não que o homologue” (f.).

O excesso, portanto, seria examinado oportunamente, se existente, mas não ocorre, pois a decisão se limitou a disciplinar o direito de visita por parte do pai, dentro do prudente arbítrio do julgador, que melhor atendeu aos interesses dos filhos, que são os destinatários da proteção legal.

Rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, registro que a decisão hostilizada fez uma análise correta dos fatos, ressaltando que a autora e o réu são dignos de terem os filhos em sua companhia, pois não se fez prova válida que pudesse demonstrar a incapacidade moral de cada qual, quando se vê que o pátrio poder será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe (ECA, art. 21).

A prova produzida, portanto, não foi capaz de incompatibilizar qualquer deles com o instituto pretendido.

As restrições que se lhes fizeram não autorizam que se negue a guarda dos filhos a este ou aquele. Mas não é preciso que se seja psicólogo ou psicanalista, para concluir que o acordo envolvendo a guarda dos filhos não foi dos mais felizes, pois eles ficam confusos diante da duplicidade de autoridade a que estão submetidos quase que diariamente, o que não é recomendável diante da pouca idade deles.

Com efeito. Coloco-me de inteiro acordo com a Dra. Benet Nader Scherner, quando afirma:

“Não há constância de moradia, a formação de hábitos deixa muito a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se a do meio familiar paterno ou materno. A discordância constante entre os pais deixa-os tensos, ansiosos e depressivos. Na área escolar estão se desorganizando rapidamente.

Se esta situação perdurar, as conseqüências psicológicas para as crianças se agravarão. Desta forma elas estarão percebendo o mundo adulto que os cuida e decide seus destinos como monstros com os quais se identificarão”(f.).

E as conseqüências deletérias dessa esdrúxula situação estão estampadas nas declarações de f. E é interessante que autora e réu concordam que como está - a guarda dividida entre os dois durante a semana - não pode continuar, tanto que cada um busca a guarda isolada dos filhos.

Por isso, os Tribunais têm entendido:

“Guarda de filho menor - Custódia alternada semanalmente - Desvantagens - Alimentos devidos à esposa separada.

Ementa oficial: Posse e guarda de filho menor. A chamada ‘custódia conjunta’, importando no revezamento semanal do ambiente familiar, é prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e idéias na mente do menor; conseqüentemente, à formação da personalidade do mesmo”(f.).

A avaliação feita pela psicóloga Dra. Benet retrata bem o drama das duas crianças que ficam divididas e confusas:

“F. H. A. O., 4 anos, é uma criança inteligente e esperta.

É de temperamento agitado e inquieto e apresenta algumas dificuldades e comportamento característicos de uma criança muito mimada, sem regras e limites.

Tais comportamentos se agravaram depois da separação dos pais, causando um conflito emocional, gerando confusões na sua mente, e causando-lhe transtornos principalmente na escola, onde lhe eram exigidas certas atitudes.

F. sofreu e ainda tem indícios de que sofre com a separação.

Imagina e fantasia a família unida.

O pai e mãe juntos, num mesmo lugar, mas, como começa a perceber que a realidade é dura demais, distancia-se dela e divaga em pensamentos dando a impressão de estar sempre longe, ‘no ar’. No seu mundo de sonhos e ilusões, não há sofrimento.

Ama o pai e a mãe e não quer perdê-los.

Pelos relatos de sua professora, pai, mãe, avós, babás e serviçais, nota-se há pouco tempo uma ligeira mudança.

A criança está mais calma, menos agitada; na escola as professoras já conseguem dialogar com ela, o que antes era impossível. Apresenta comportamentos mais adequados e esperado de uma criança de sua idade.

Foi sentido, de uma forma geral, um amadurecimento, um despertar no seu crescimento mental e emocional.

Como é bom esse progresso, mas F. ainda necessitará de um auxílio profissional para ajudá-lo nesse processo conflitual.

É importante salientar que o conflito emocional vivido por ele é causado pela separação dos pais, o medo e a insegurança de perdê-los.

P. H. A. O., 10 anos, é muito inteligente, capacidade de aprendizagem e memorização excelente; seu desempenho escolar é muito bom.

Sua dificuldade está na caligrafia que é ruim, irregular e sem contornos definidos.

Conforme laudo da psicomotricista que o avaliou, há um problema de tônus muscular e a necessidade de ser feito um trabalho nesse sentido.

De acordo com relatos de orientadora, supervisora e professora da escola onde P. é aluno desde a 1ª série, sua caligrafia piorou depois da separação e penso que seja necessário um especialista na área de motricidade.

Com relação ao comportamento, é reservado (fala pouco), mas questiona quando não concorda com algo.

É disciplinado, não apresenta atitudes hostis, de rebeldia ou agressividade, pelo contrário, é calmo e dócil”(f.).

A rigor, não sei se os contendores são tão bons pais, como querem fazer crer, em razão da demonstração de egoísmo de que estão possuídos.

A hipótese é simples, mas, em razão da falta de desprendimento deles, os autos já têm três volumes, alentados com a interposição de vários agravos de instrumento, o que demonstra que não querem facilitar, mas complicar as coisas, procurando um ferir o outro.

Fossem bons e sensatos os pais, a solução teria sido outra, até mesmo sem o recurso ao Judiciário, decidindo-se a guarda dos filhos de forma amigável.

Pais bons são aqueles que, além de outros requisitos, põem o bem-estar dos filhos acima de seus anseios, suas mágoas e frustrações.

Como está, portanto, não pode continuar, sob pena de se sacrificarem os menores, que são os destinatários da proteção legal, em favor dos pais, que estão a se servir dos filhos para agredir um ao outro. E, como não se fez restrição válida ao comportamento das partes, não tenho dúvida em afirmar que os filhos menores sempre ficam melhor sob a guarda da mãe, por razões que independem de maiores justificativas. E, quanto ao recurso adesivo, deve ser provido parcialmente, pois o réu, médico conceituado na região, tem condições financeiras para suportar uma pensão maior que a estabelecida na sentença.

Todavia, a pretensão da autora é demasiada, nos precisos termos do parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, que adoto como razões de decidir.

Isto posto, nego provimento ao recurso principal, dando provimento parcial ao adesivo, para fixar a pensão em dez salários mínimos, sendo cinco para cada filho, mantida a sentença quanto ao mais.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Des. Ney Paolinelli e Schalcher Ventura.

Súmula - Rejeitaram as preliminares, deram parcial provimento ao recurso adesivo e negaram provimento à apelação.

Apelação Cível 596009381. O. M. L. / B. F. S. e M. B. K.. Relator: Desembargador Sérgio Gischkow Pereira. 28 de março de 1996. Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 180, p. 335-340, fev. 1997.

PÁTRIO PODER - DESTITUIÇÃO - MENOR - GUARDA - 1. Conjunto fático-probatório que não autoriza a decretação de perda de pátrio-poder e impõe seja a criança entregue à mãe e fique sob sua guarda. No pertinente à guarda, deve a solução ser dada em função do interesse do menor, e não dos adultos. 2. Indeferimento se pedido de visita por parte de quem, por algum tempo, cuidou da menor a pedido da mãe, pois as seqüelas seriam perniciosas àquela, além do que só pioraria o sofrimento de quem, tendo exercido aqueles cuidados, se afeiçoou à criança.

ACÓRDÃO - A 8ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, acorda em desprover o recurso. Custas ex lege. Participaram do julgamento, além do signatário os Srs. Des. Eliseu Gomes Torres e Des. Antônio Carlos Stangler Pereira Presidente. Porto Alegre, 28 de março de 1996. Sérgio Gischkow Pereira, Relator.

RELATÓRIO - *Des. Sérgio Gischkow Pereira* - 1. Adoto o relatório da sentença das fls. 93 a 100. A magistrada julgou improcedente a ação e, face ao pedido apenso, entregou a criança à mãe, mediante condições (fl. 99). Houve embargos de declaração (fls. 105 e 106), apreciados à fl. 109.

2. Veio apelação (fls. 113 a 117). Destacou que, quando proferida a sentença, a criança já estava com os apelantes há um ano e seis meses. As testemunhas dizem que a apelada apenas visitava a filha esporadicamente. Se houvesse interesse em ficar com a menor, a recorrida não aguardaria mais de nove meses para demonstrar tal desejo. Nem contribuía a mãe para o sustento da filha.

Não tem a apelada condições para o exercício do pátrio poder, pois não possui suporte econômico para as correspondentes despesas de criação.

Outrossim, está a criança perfeitamente adaptada à família dos apelantes. Pelo menos deve ser assegurada a visitação.

3. Contra-razões às fls. 122/124. Não há a alegada adaptação à família dos apelantes, pois que fortes os laços afetivos entre mãe e filha. Não há prova do abandono. A mãe apenas deixou a filha com os apelantes enquanto ia trabalhar, sendo que a visitava três vezes ao dia, isto segundo os próprios apelantes. Relatórios de avaliação social e psicológica demonstram que a mãe tem condições de criar a filha.

4. O Ministério Público, em primeira instância, opinou pela manutenção da sentença (fls. 169 e 170). A magistrada manteve a sentença (fl. 171). Nesta

instância, o Dr. Procurador de Justiça foi pela confirmação da sentença (fls. 174 a 177), com argumentos que exporá em sessão de julgamento. É o relatório.

VOTO - *Des. Sérgio Gischkow Pereira* - Tenho que a sentença resolveu corretamente a controvérsia. Acato seus fundamentos, assim como as razões do Ministério Público em ambos os graus de jurisdição; integro ao meu voto as motivações da sentença e dos pareceres.

Destituição de pátrio-poder é a medida mais grave no âmbito de família, pelo que só pode ser concedida diante da prova de fatos graves, incompatíveis com o exercício adequado daquele poder-dever. No caso vertente, não houve prova de tais fatos.

No pertinente à guarda de menores, inegável que o grande princípio é o de resguardo do interesse dos mesmos. Não se trata de proteger os interesses dos adultos, mas, sim, os interesses do menor. É a regra das regras ou a regra que desfaz qualquer outra regra. Se comprovado que mais convém à higidez somática e psicológica do menor seja ele entregue a pessoa que não os pais, assim deve ser feito. Mesmo que não haja prova suficiente para retirada do pátrio-poder. Óbvio contudo, que também aqui a prova precisa ser muito consistente, diante da seriedade extrema de serem os filhos afastados da guarda dos pais.

Por outro lado, se não retirado o pátrio-poder dos pais, indispensável a autorização destes, para que se possa cogitar de adoção: art. 45, *caput*, e § 1º da Lei n.º 8.069/90. O relatório do serviço social (fls. 35) não viu qualquer motivo para a suspensão do pátrio-poder, “a não ser o interesse do casal O. e B. em adotar a menor!” Portanto, nenhum interesse para a criança. Ao contrário, o dito relatório assinala que a menor estabeleceu laços afetivos fortes com a mãe, e queria com esta permanecer, nos últimos encontros.

No mesmo sentido, o relatório do Comissário de Menores (fl. 36) que igualmente indica como a mãe mudou, em relação à filha, para melhor, e que a menina prefere a companhia da mãe.

O laudo psicológico (fls. 38e 39), por sua vez, narrou já se tinha formado relação primária entre a mãe e filha, relação de confiança básica e segurança, insubstituível para a menina, sendo que a mãe foi seu primeiro objeto de amor; esta relação, segundo a psicóloga, é insubstituível para a menina; consolidou-se afinidade entre mãe e filha, com a menor manifestando desconforto com ansiedade no momento da separação da mãe; foi relatado que a mãe demonstrou maturidade, com preocupação constante pelo bem-estar emocional da filha; considerou ser importante para a criança que seja entregue e fique com a mãe.

Como se vê, são informes que permitem, clara e indubitavelmente, concluir ser mais conveniente e até essencial para a criança, ser entregue para a mãe e ficar em companhia desta. O interesse da criança está em ficar com a apelada.

Mesmo o laudo particular das fls. 42 a 45, juntado pelos recorrentes apenas registrou o óbvio: ansiedade e instabilidade da criança em face da indefinição dos papéis familiares. Nem poderia ser diferente, Não está ali dito que a criança deva ficar com este ou aquele.

Como se percebe, o tempo em que a criança ficou com os apelantes não foi suficiente para que com eles firmasse relação amorosa capaz de prejudicá-la, se deles separada. Ao contrário, o vínculo sentimental deu-se, afinal, com a mãe. Esta

mudou sua conduta positivamente, passando a dar atenção à filha, o que não fizera em certa época.

R.S.B. (fls. 49v. e 50), membro de Conselho Tutelar, informou ter notado grande integração entre a mãe e filha. Bem argumentada a sentença que as testemunhas não disseram tivesse a apelada expressado intenção de abandonar a filha, senão que a deixou com os apelantes com o objetivo de trabalhar. Adequada a crítica sentencial ao depoimento de E. P. S..

A propósito, foi esta testemunha que lançou dúvida sobre a conduta moral da apelada, o que mereceu toda a reserva também por parte do Dr. Procurador de Justiça (fls. 176, item 03).

Outras testemunhas arroladas pelos apelantes não trouxeram informes no sentido de que a apelada tivesse comportamento capaz de inviabilizar fique com a filha, ou que a maltratasse. Quem o fez foi exatamente um homem que fora mandado embora.

É sabido dos rancores e ódios que rupturas amorosas podem acarretar. Não estou afirmando que M. tivesse conduta incensurável e impecável. A testemunha M. R. F. (fls. 50v. a 51v.) referiu envolvimento afetivo daquela com homem casado. Ora, ocorre que desta constatação até a perda do pátrio-poder ou a perda da guarda vai uma distância extraordinária, como é evidente. É certo que não se dispõe de prova de abandono.

Sob o ângulo da existência, ou não, de condições para estar com a filha, por igual não surgiu prova de que a mãe esteja incapacitada para tal. Os laudos antes aludidos mencionaram o contrário. O que se observa é que M. não teve uma boa fase em sua vida, mas vem-se modificando e assumindo responsabilidade, o que é revelado pela maneira como está assumindo a maternidade.

Quanto ao aspecto econômico-financeiro, só faltava mais esta condenação contra os pobres: tirar-lhes os filhos porque são pobres! De qualquer forma, importa ressaltar que M. recebe pensão, tem imóvel alugado para terceiro, recebe ajuda do pai e é trabalhadora (fl. 36). Como informa o Comissário de Menores, o que ela recebe lhe permite viver. Só não estava trabalhando no momento por causa do processo e porque quer primeiro obter toda a adaptação com a filha, para o que precisa dedicar-lhe atenção e carinho.

Inegável que não há prova capaz de autorizar a perda de pátrio-poder. Aliás, a inicial da ação respectiva limitou-se a alegar abandono. Não cogitou de outros fatos que implicassem perda de pátrio-poder como, por exemplo, conduta moral ruim e maus-tratos.

Mesmo assim, em meu voto abordei estes tópicos, em consequência do menor formalismo reclamado em assunto como o presente.

No tocante à guarda, bastante já disse no sentido de que só pode ficar com a mãe. Faço mais alguma consideração a respeito. T. D. (fl. 65 e v.) disse, em seu depoimento, o que não afirmara por escrito. Importante, todavia, é que admitiu não ter tido oportunidade de avaliar o comportamento da menina quando em companhia da mãe biológica e, mais importante ainda, é que se trata de testemunhar que forneceu laudo para O. e B., não tendo a imparcialidade dos técnicos e funcionários do Poder Judiciário, que descreveram os vínculos fortes entre a criança e a mãe.

Relevante apontar que, nos autos em apenso, relatórios de acompanhamento de visitas afirmam e crescimento da integração entre mãe e filha, ao passo que os guardiães, ora apelantes, cresce em agressividade: fls. 44 e 57.



Fácil explicar esta reação dos apelantes, que percebem ser inexorável a aproximação cada vez mais entre mãe e filha.

Grave, ainda, o relatório do Conselho Tutelar de Santa Maria ( fls. 75 e 76 dos autos em apenso) que consigna dúvida sobre o bom entendimento que a criança recebia de O. e B., pois apresentava desidratação e vários quadros de diarreia, entre outras patologias denotadoras de desleixo ou maus-tratos. Ainda neste sentido: documento de fl. 24 dos autos principais.

Fundamental é que a prova revelou deve a criança ser entregue à mãe e com ela ficar, pois é o que interessa e convém àquela, por razões psicológicas e afetivas. Se afastada a criança da mãe, no estágio atual, sofrerá prejuízo irreparável em sua estrutura psíquica. Ética, jurídica e sentimentalmente, não me é permitido colocar a afetividade dos apelantes acima do interessante, da saúde mental e dos liames amorosos da criança. Parece bem claro que não estou resolvendo conforme os interesses da mãe mas, sim, consoante os interesses da criança .

O apelo quer garantia de visita para os recorrentes. Não há como deferir esta postulação, como bem argumentou o Dr. Procurador de Justiça em seu parecer. Novamente não se trata senão do interesse da criança. Não nego que esta decisão seja penosa e difícil de tomar, considerando a perspectiva humana pelo lado dos recorrentes. Mas não há outro caminho.

Neste particular, penso que os apelantes trouxeram prova contra eles próprios: o laudo psiquiátrico das fls. 42 a45, ao qual já me referi. Ali é dito que deve haver delimitação clara e efetiva dos papéis, das funções familiares. Pois bem, não pode haver tal delimitação se, estando a criança com a mãe biológica, de maneira definitiva, continuar sendo visitada por quem pretende exercer sobre ela o papel de pai e mãe! Isto só aumentará a confusão vivida pela menor.

Por que ser solenemente visitada, com datas e horas marcadas, por pessoa que com ela não tem vínculo parental próximo? Poderia ser outra a compreensão se, por exemplo, a visitação estivesse sendo almejada pelos avós.

Forçoso reconhecer, outrossim, que estando a mãe com a plenitude do pátrio-poder e da guarda, é-lhe facultado, evidentemente, sendo a filha menor, resolver sobre como deve ela conviver; até porque é a mãe a responsável pela criação e educação da filha a partir de agora; seria de outra forma, se, por exemplo, a mãe repelisse injustamente a aproximação de pessoa que tivesse direito, pelo sistema jurídico, de visitar a criança, como é o caso do pai, ou até, como entendem muitos, os avós (no caso do pai, é acaciano que nem se trata somente de seguir o sistema jurídico, mas seguir norma elementar de psiquiatria, pela qual a criança deve vivenciar as funções paterna e materna).

As visitas, ademais, não permitiram nunca a cicatrização das feridas emocionais e morais dos apelantes e, ainda por cima, seriam perniciosas à criança, em consequência de clima de conflito que instauraria, como já vem acontecendo e expus em meu voto, quando citei os relatórios de acompanhamento de visitas. Os apelantes necessitam se convencer que A. M. B. K. é filha, plenamente, de M.

Há milhares de crianças que podem adotar, sem os problemas surgidos neste feito. Face ao exposto, nego provimento à apelação.

*Des. Eliseu Gomes Torres* - Também nego provimento, na forma do voto do eminente Relator, ressaltando que nada menos do que três pareceres existentes nos autos, um deles da lavra da assistente social designada pelo Juiz, recomendam a permanência da criança sob o poder da mãe.

Há em verdade um laudo produzido em caráter particular, às expensas do casal-apelante, que opina em sentido contrário, mas sem o mesmo caráter de isenção e imparcialidade dos pareceres oficiais.

Não vislumbrei na revisão feita, qualquer razão autorizadora da decretação da perda do Pátrio-poder, medida extrema que somente pode ser consumada à vista de fatos graves, que no caso inexistem .

O panorama processual revela que a menina de tenra idade está adaptada ao convívio materno, não sendo recomendável nem alterar-se o *status quo* nem permitir-se o reacendimento dos conflitos afetivos da criança, consequência inevitável caso fosse permitida a visitação.

Des. Antônio Carlos Stangler Pereira - De acordo com o Relator.

Apelação Cível 59.951-3 A. F. e Justiça Pública. Relator: Desembargador Accácio Cambi. 24 de setembro de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 748, p. 375-376, fev. 1998.

**CRIANÇA - Guarda - Pedido formulado com o único intuito de propiciar assistência médico-odontológica e acesso gratuito à escola - Inadmissibilidade, uma vez encontra-se a infante em companhia dos pais que lhe prestam assistência moral e material dentro de suas possibilidades financeiras - Hipótese, ademais, não contemplada no art. 33, §§1º e 2º, da Lei 8.069/90.**

*Ementa da Redação:* Nos termos do art. 33, §§1º e 2º, da Lei 8.069/90, não se concede o pedido de guarda de criança com o único intuito de propiciar-lhe assistência médico-odontológica e acesso gratuito à escola, quando a infante encontra-se na companhia de seus pais que lhe prestam assistência moral e material dentro de suas possibilidades financeiras.

**ACÓRDÃO -** Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 59.951-3, de Curitiba, 1ª Vara de Família, em que é apelante A. F. e apelada Justiça Pública. 1. A F., militar aposentado, requereu a guarda e responsabilidade de D. S. S., filha de C. C. S. e de I. I. F. S. S., nascida em 31.10.1994, alegando que a menor é sua sobrinha-neta; seus pais passam por sérias dificuldades financeiras, tanto que já assumiu as despesas decorrentes de alimentação, vestuário, higiene e educação da menor; que deseja inscrever a menor como sua dependente, para que possa auferir benefícios, como assistência médico-odontológica e hospitalar e possível acesso gratuito à escola militar.

Efetivada sindicância na casa do requerente e dos pais da menor (f.), o Dr. Promotor de Justiça emitiu parecer pelo indeferimento do pedido (f.). Por decisão de f., o Dr. Juiz indeferiu a pretensão. Inconformado, apelou o requerente.

Na apelação, o recorrente pleiteia a reforma da sentença, renovando a argumentação já exposta.

2. Não assiste razão ao apelante.

Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente que a guarda de menor, “fora dos casos de tutela e adoção”, comente é viável, excepcionalmente, “para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável”(§2º do art. 33).

No caso em exame, o requerente pretende a guarda da menor D., que vive em companhia de seus pais - e o pedido “não implicará na mudança de residência da menor”, a fim de que ela possa auferir, entre outros, dos benefícios de “assistência médico-odontológica e hospitalar e possibilidade de acesso gratuito da menor a escola militar”.

É evidente, pois, que o pedido não se ajusta à norma supra-invocada, que regula a guarda e responsabilidade de menor. Por isso, bem ponderou o Dr. Procurados, *verbis*:

“Em que pese a elogiável postulação do autor, que mantém ‘acentuado vínculo afetivo’ com seu sobrinho, pai da menor, e com esta..., não é possível deferir-se-lhe a guarda, uma vez que, como esclarece a sentença recorrida, ‘segundo o §1º do art. 33 da Lei 8.069/90, a guarda destina-se a regularizar a posse de fato da criança, nos processos de tutela e adoção e de acordo com o §2º fora dos casos de tutela e adoção para atender às situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável’, e nenhuma dessas hipóteses configurou-se. Acresce que ‘assistência previdenciária é consequência da guarda e não sua motivadora’(f.)”.

A propósito, já assentou a 4ª Câmara:

“A guarda e responsabilidade de que trata a Lei 8.069, de 13.07.1990 (ECA) tem por fim a regularização da posse de fato de crianças e adolescentes. O seu deferimento, independentemente da tutela ou adoção, dá-se em decorrência de situações especiais, alegados a falta ou impedimento dos pais ou responsáveis pelo menor (Art. 33, §§1º e 2º). É juridicamente inviável se a menor reside em companhia da mãe e por ela está sendo bem assistida, moral e materialmente, conforme constatado através de sindicância feita pelo Serviço Social do Juízo. Sem qualquer validade a anuência expressa da responsável legal, motivada pela perspectiva de inclusão da menor em plano de saúde de que é titular seu tio e requerente, posto que é indelegável o pátrio poder”(Acórdão 10.818).

Nessas condições, mantém-se a r. decisão impugnada, que indeferiu o pedido de guarda e responsabilidade formulado, pelos seus próprios fundamentos.

3. Diante do exposto, acordam os Desembargadores integrantes da 6ª Câm. Civ. Do TJPR, por unanimidade de votos, em negar provimento à apelação. Participaram do julgamento e acompanharam o voto do relator os Srs. Desembargadores Newton Luz e Telmo Cherem. Curitiba, 24 de setembro de 1997 - Accácio Cambi, pres. e relator.

Apelação Cível 26.951.4/4-00. R. S. S. e R. E. S. (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Franciulli Netto. 16 de setembro de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 747, p. 253-254, jan. 1998.

CRIANÇA OU ADOLESCENTE - Guarda - Alteração - Inexistência de motivo determinador da permanência com o pai ou com a mãe - Necessidade de considerar a vontade do menor - Inteligência do art. 161, §2º, da Lei 8.69/90.

*Ementa da Redação:* Nas ações de alteração da guarda, ouvida a criança e ausente motivo ponderável a determinar que permaneça com o pai ou com a mãe, não há como deixar de considerar a vontade do menor, o que se coaduna com o disposto no art. 161, §2º, do ECA.

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 26.951.4/4-00, da Comarca de São Paulo, em que é apelante R. S. S. e apelado R. E. S. : 1. A r. sentença julgou procedente a presente ação de modificação de guarda de menor e alterou a guarda de A. S. S., atribuindo-a ao autor, com visitas maternas ocorrendo na forma referida na f.. Condenou, ainda, a ré no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 2 (dois) salários mínimos (f.).

Apela a vencida, pretendendo a inversão da solução dada sob o fundamento de não ser suficiente a vontade do menor de permanecer em companhia do pai, já que manifestada sob pressão paterna, além de não se encontrar a criança em situação de sobrepor seu real interesse à sua vontade, esta suscetível de ser viciada por manipulações. Remata por dizer que de ordinário devem os filhos menores permanecer sob a guarda e os cuidados da mãe, nos termos do art. 10, §1º, da Lei do divórcio (f.).

Às contra-razões (f.), anotado o preparo, seguiram-se os pareceres do órgão do MP de ambos os graus no sentido de ser mantida a r. decisão atacada (f.).

É o relatório adotado, no mais, o da r. sentença.

2. Desde a separação judicial do casal convertida em separação consensual, agosto de 1994, foi acordado que os dois filhos do casal ficariam sob a guarda da mãe, ora apelante. A respeito de D., nascido em 1991, a situação de fato corresponde ao que foi então estipulado.

A divergência prende-se a outro filho do casal de prenome A, nascido em 1986. A despeito de ser estipulada a guarda deste também à mãe, o fato é que desde a época da separação consensual, o menor cuja guarda é disputada, praticamente sempre ficou em poder do pai.

Dos elementos que emergiram destes autos, incluídos pareceres que penetraram nos aspectos psicológicos e de assistência social, ambos os genitores possuem condições morais e materiais, para a guarda e criação do menor, incluídas as afetivas.

Seja por este ou por aquele motivo, o fato é que o menor, tanto para a psicóloga como para a assistente social, assim como perante o MM. Juiz, de forma clara, uniforme e incisiva sempre demonstrou desejo de permanecer sob a guarda do varão (f.). Entre outras razões externadas pela criança, não pode passar despercebida a sua assertiva no sentido de que, quando sob a guarda da mãe, sempre ficava a maior parte do tempo, em verdade, sob os cuidados da avó e da empregada. O restante da prova oral nenhum fato desabonador de monta apontou em detrimento da solução dada pelo MM. Juiz (f.).

Ouvida a criança, em inexistindo forte motivo em sentido contrário, não há como deixar de considerar sua vontade, o que se coaduna com o disposto no art. 161, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Despiciendo lembrar que o art. 10, par. ún., da Lei do Divórcio, estabelece a regra a ser seguida, desde que o conjunto dos elementos probatórios não indiquem solução que melhor atenda aos interesses do menor.

Não se pode deixar de lado, outrossim, inarredável situação de fato já consumada: o tempo em que o menor se encontra sob os cuidados do pai. A modificação desta situação, com os elementos existentes nos autos, não é conselho ditado pela prudência.

Enfim, inexistindo motivo ponderável a determinar que o menor permaneça com o pai ou com a mãe, o melhor é a manutenção da situação atual, colando-se oportuna observação feita em um dos pareceres: eventual modificação, certamente, acarretaria “maior desconforto e possível animosidade entre a criança e o responsável legal” (f.).

Para concluir, a r. sentença deve ser mantida pelos próprios fundamentos e pelos dos pareceres do órgão do MP, aos quais foram aditados os acima deduzidos.

3. Posto isso, acordam, em 9ª Câmara de Direito Privado do TJSP, por v.u., negar provimento à apelação.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Brenno Marcondes (pres., com voto) e Ruiter Oliva. São Paulo, 16 de setembro de 1997 - Franciulli Netto, relator.

Apelação Cível 35.466-0/7. Ministério Público e H. F. C. (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Dirceu de Mello. 31 de julho de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 747, p. 258-259, jan. 1998.

**CRIANÇA OU ADOLESCENTE - Guarda -** Pedido formulado por homossexual - Deferimento - Medida de natureza provisória que pode ser revogada se constatado desvio na formação psicológico da menor.

*Ementa da Redação:* O fato do guardião ser homossexual não obstaculiza o deferimento da guarda da criança, pois esta é medida de natureza provisória podendo, portanto, ser revogada a qualquer momento diante da constatação de desvirtuamento na formação psicológica da menor.

**ACÓRDÃO -** Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 35.466-0/7, da Comarca de Osasco, em que é apelante Promotora de Justiça da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Osasco, sendo apelado H. F. C.: Acordam, em Câm. Especial do TJSP, por v.u., negar provimento ao apelo, de conformidade com o relatório e voto do relator, que ficam fazendo partes integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Desembargadores Silva Leme e Luís de Macedo. São Paulo, 31 de julho de 1997 - Dirceu de Melo, pres. e relator, com a seguinte declaração de voto: 1. Vistos, etc. Cuida-se de apelação interposta pelo MP contra sentença que deferiu a guarda de K. D. O. a H. F. C. pelo prazo de 180 dias. Alega, em síntese, que o guardião é homossexual, o que poderá acarretar prejuízo na formação da personalidade da criança.

Processou-se o recurso, sem o oferecimento de contra-razões, tendo sido mantida a decisão hostilizada.

A doutra Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

2. Inconvincente o reclamo.

Isto porque não se entrevê, por ora, que a homossexualidade do apelado seja obstáculo à guarda.

Assim é que realizada uma primeira avaliação psicológica, ficou constatado que K. vinha se desenvolvendo bem do ponto de vista psicológico, tendo a psicóloga afirmado peremptoriamente que “a homossexualidade de H., ainda não inteiramente compreendida pela criança, não se constitui como um fator de perturbação emocional para ela até o momento”. Orientou-se o guardião da necessidade de esclarecer tal situação à criança (f.).

Passados seis meses, novo relatório foi levado a efeito, não tendo sido detectada qualquer deformação na personalidade (f.), o que levou a psicóloga a opinar favoravelmente à guarda.

No mesmo sentido está o relatório da assistente social, podendo-se ainda inferir que o apelado vem cuidando adequadamente da criança (f.).

Além disto, não se pode olvidar que a criança vive em companhia do apelado desde os 45 dias de vida, vale dizer, há mais de nove anos, de tal arte que uma mudança brusca poderia sim trazer conseqüências desfavoráveis à K.

Foi diante deste quadro que optou o Magistrado em deferir a guarda, firmando também sua posição em apoio doutrinário (f.). E o fez por prazo certo, com determinação de acompanhamento do caso pelo setor técnico.

A decisão, pois, não merece reforma, posto que procurou o Magistrado consolidar uma situação de fato não prejudicial à criança, não se podendo ignorar a dificuldade de, a esta altura, colocá-la em uma família substituta. Por outro lado, proceder-se-á a um monitoramento da situação, com o fito de se evitar um comprometimento na educação da criança.

Era, efetivamente, a melhor solução, ficando registrado - em atenção à legítima preocupação da doutra Promotora de Justiça - que a guarda é medida provisória, podendo ser revogada a qualquer tempo ante a constatação de perigo para a formação da personalidade da criança.

3. Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.



Apelação Cível 91.353/3. J. J. S. F. / L. G. T. S. e A Justiça (Segredo de Justiça). Relator: Aluizio Quintão. 28 de agosto de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 749, p. 381-382, mar. 1998.

**CRIANÇA OU ADOLESCENTE - Guarda - sentença anterior transitada em julgado - Propositura de nova ação - Admissibilidade, pois a regulamentação da guarda não possui caráter definitivo e irrevogável.**

*Ementa Oficial:* A sentença trântita anterior que julgou a guarda do menor não pode ser empecilho para a propositura de nova ação, se o superior interesse do menor está a exigir revisão da matéria. A coisa julgada, em tais hipóteses, não é ofendida, em razão da natureza continuativa da regulamentação da guarda, que não possui caráter definitivo e irrevogável.

**ACÓRDÃO** - Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª Câm. Civ. Do TJMG, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em dar provimento. Belo Horizonte, 28 de agosto de 1997 - Aluizio Quintão, relator.

**NOTAS TAQUIGRÁFICAS** - O Exmo. Sr. Des. Aluizio Quintão: Trata-se de apelação contra a sentença que, na Comarca de Muriaé, extingui, sem julgamento do mérito, o processo de ação de guarda da menor D. S. O., ajuizado por seus avós maternos J. J. S. F. e L. G. T. S.

Entendeu o Juiz da 1ª Vara ter já transitado em julgado sentença do Juiz da 2ª Vara Cível com relação a idêntico pedido das mesmas partes.

Para os apelantes, a ação anterior (Proc., 1.259/92), julgada improcedente em 25.08.1993, não teve o competente estudo social, que somente foi realizado em 29.01.1996 (f.), para esta nova ação (Proc. 15.783), iniciada em 28.06.1995. A certidão sobre a primeira ação, a sentença recorrida e o parecer ministerial não se referiram, contudo, à causa do indeferimento anterior (f.).

Ora, há elementos nestes autos conduzindo a entendimento diverso do ato judicial recorrido.

Assim é que foram reproduzidas declarações da mãe (f.) e do pai (f.) concordando com a adoção da menor; e o estudo social, como fato novo, revelou que seus pais são separados, a mãe reside em Duque de Caxias - RJ, o pai não ajuda na criação e no sustento da criança que, desde o nascimento, está sob os cuidados dos autores, seus avós, os quais têm "condições sócio-econômicas favoráveis"(f.).

A rigor, portanto, os pais não estão a exercer o pátrio poder, e a guarda mantida de fato pelos avós está a merecer adequada apreciação judicial, em nome do interesse superior da menor.

Não haverá, então, de ser empecilho a sentença trânsita anterior.

O parecer da Procuradoria-Geral, embora contrário ao recurso, admitiu que “o direito da menor ficou prejudicado” com a decisão.

Qualquer disposição sobre guarda de menor não pode ter caráter definitivo e irrevogável.

Está previsto no art. 35 do ECA: “A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o MP.”

E vem a calhar a observação do Juiz Ernane Fidélis dos Santos (*Manual de Direito Processual Civil - Processo de Conhecimento* - 3. ed., Saraiva, 1994, p. 491):

“A coisa julgada material se projeta para o futuro. A sentença de mérito transitada adquire a qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade, não podendo mais nenhum Juiz decidir questão da mesma lide (art. 471). Acontece que a sentença, às vezes, regula relações jurídicas continuativas, ou seja, aquelas que não se esgotam com a decisão final, mas que prosseguem no tempo, como ocorre com a decisão que condena em alimentos, através de prestações periódicas. Pode, no passar do tempo, haver modificação do estado de fato ou de direito que não persiste o mesmo da ocasião da sentença, justificando-se nova regulamentação da matéria (art. 471, I). É o que se verifica quando as condições econômicas do alimentando ou as do devedor de alimento se alteram, autorizando revisão (...) não são apenas as relações de ordem econômica que podem ser alteradas e sofrer a incidência do art. 471. A regulamentação de guarda de filhos pode sempre ser revisada, quando as necessidades do menor o exigirem, não importa a existência de sentença trânsita anterior.

O que justifica a revisão da sentença sobre a relação jurídica é a modificação do estado de fato ou de direito. Se nada se alterar, mesmo que a parte invoque razões não alegadas anteriormente, a revisão é incabível. Ao contrário do que possa parecer, a coisa julgada, em tais hipóteses não é ofendida. A alteração decorre é da regra de direito material, em razão da própria natureza da relação jurídica continuativa que a sentença revela.”

A ser assim, o ato recorrido não deve subsistir.

É inadmissível que o interesse da menor fique relegado a segundo plano, em casos que tais.

Dou, pois, provimento à apelação e casso a sentença, para que o processo tenha o prosseguimento e a solução que a espécie exige.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Des. Hugo Bengtsson e Cláudio Costa.

Súmula: Deram provimento.

Apelação Cível 43.515-1/188. A. C. e Ministério Público (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Fenelon Teodoro. 25 de novembro de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 750, p. 364-368, abril. 1998.

**CRIANÇA OU ADOLESCENTE.** Guarda - Pedido feito pela avó com propósito de incluir a infante como sua dependente para fins previdenciários - Admissibilidade, uma vez que a progenitora já exerce a guarda de fato sobre a neta, dispensando-lhe assistência material, moral e educacional - Inteligência da Lei 8.069/90.

*Ementa Oficial:* O instituto da guarda, como de resto toda a intenção legislativa contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, é o bem-estar do menor, a garantia de seu futuro sadio, sob a manutenção de pessoa responsável material e afetivamente. Desse modo, é de se deferir tal pretensão formulada pela avó, que já exerce de fato a guarda da neta que vive em sua companhia, dispensando-lhe assistência material, moral e educacional, não contrariando referido *lex specialis* o fato de o desiderato destacar o propósito de inclui-la como sua dependente para fins previdenciários.

**ACÓRDÃO** - Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ApCiv. 43.515-1/188 (9700373290/188), da Comarca de Caiapônia, figurando como apelante A. C. e como apelado o MP. Acordam os componentes da 1ª T. Julgadora da 2ª Câ. Civ. Do E. TJGO, à unanimidade de votos, em conhecer do apelo e lhe dar provimento, nos termos do voto do relator, proferido na assentada do julgamento, e que a este se integra. Sem custas.

Votaram, além do relator, os emitentes Desembargadores Jalles Ferreira da Costa e Noé Gonçalves Ferreira, que também presidiu o julgamento. Esteve presente à sessão da Dra. Maria José Perillo Fleury, ilustre Procuradora de Justiça. Goiânia, 25 de novembro de 1997 - Noé Gonçalves Ferreira, pres. - Fenelon Teodoro Reis, relator.

**VOTO DO RELATOR** - Cuida-se de recurso apelatório interposto pela Sra. A. C. alvejando a sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito da Comarca de Caiapônia, que houve por julgar improcedente o pedido por ela formulado, consubstanciado na guarda de sua neta É. S. A. L., filha de M. A. S. e J. J. S., em que objetou torná-la sua dependente para fins previdenciários junto ao Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Goiás - Ipasgo.

Fê-lo, a insigne prolatora, a color de que no episódio vertente não restaram atendidos os pressupostos da guarda judicial, máxime porque a mãe da menor exerce o pátrio poder sobre a mesma, não havendo qualquer irregularidade acerca

da sua situação, “razão pela qual não há que se alterar a ordem das coisas meramente por questão de direitos previdenciários”(f.).

Sustenta a viabilidade jurídica de sua postulação, preconizando que visa “unicamente proteger a menor, pois esta sempre apresentou sérios problemas de saúde, e, desta forma, a mãe não tem condições de arcar com o tratamento constante da filha...”, repisando, em essência, os argumentos preteritamente deduzidos.

Proclama que resta hodiernamente remansoso pela doutrina pátria mais categorizada, com amplo endosso da jurisprudência dos nossos Pretórios, inclusive desta E. Corte, o entendimento de ser perfeitamente possível o pedido de guarda de menor para efeitos previdenciários.

Acresce que é dever do Estado-Nação, bem como de suas unidades federativas, “cuidar da saúde, educação, segurança, seguridade social de seus cidadãos, aí incluindo as crianças e os adolescentes, segundo ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente, consonantes com os preceitos consagrados na *Lex Mater* nos seus arts. 6º, 194 e 227, §3º, além das legislações complementares, tais como Leis 8.213/91 e 9.032/95”.

De seu turno, o membro do *Parquet* contrapõe-se aos termos do apelo, asseverando que o “tema concernente ao objetivo da guarda pleiteada foge aos preceitos primários para a colocação em família substituta, ou seja, a finalidade da guarda em questão é exclusivamente de obter um meio de colocar a adolescente como beneficiária do Ipasgo, sob a dependência da avó”, terminando por pedir o seu desprovemento, enaltecendo o ato judicial vituperado, cuja manutenção espera.

Com vista, a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça, de igual sentir, manifestou-se pelo improvemento do impulso recursal.

Em prelúdio, mister se faz assentar premissas necessárias ao deslinde da *vexata quaestio* submetida ao cenário jurídico em sede recursal, pois que a mesma oferece contornos singulares que não podem ser olvidados.

Convém gizar que, conquanto não se desconheçam as não-raras e altamente significativas repercussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial, no sentido de não se permitir a constituição da guarda e responsabilidade de menor aos seus progenitores, com o intuito de cria-lhes condições artificiais de dependência, mas com vistas, precipuamente, à percepção de vantagens previdenciárias - sob pena de desvirtuamento do instituto, de modo a fomentar o assistencialismo às custas d entidades não destinadas a esse fim -, lobrido (*sic*) o entendimento de ser tal pretensão juridicamente possível, posto que o Estatuto da Criança e do Adolescente, *ad effectum*, não veda a plausibilidade da guarda para o propósito colimado pela apelante.

“O instituto da guarda, sob a ótica de nosso direito civil” - di-lo o talentoso professor e Magistrado Mantovani Colares Cavalcante - “tem como finalidade colocar a criança em família substituta, em virtude da inexistência ou impossibilidade de ser a mesma criada por sua família natural”(cf. “A guarda judicial para fins previdenciários”, RTJ 143/09).

Reza o art. 33, da mencionada Lei Especial, que “a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§1º - A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, limiar ou incidentalmente, nos procedimentos da tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiro.

§ 2º - Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais e (*sic*) responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§3º - A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.”

Vê-se, assim, pela própria acepção literal, que o dispositivo supracitado não exclui a guarda para fins previdenciários, destinando-se à regularização da posse de fato da criança ou do adolescente, visando a sua proteção e bem-estar, conferindo-lhe a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, o que o coloca coberto de todos os riscos, merecendo toda assistência necessária.

Fazendo a defesa desse ponto de vista, impõe-se invocar a feliz síntese do ilustre comentarista José Luiz Mônaco da Silva, por asseverar, com propriedade e brilho, que, “ainda hoje, não obstante a vigência do atual diploma, persiste a possibilidade de a autoridade judiciária deferir a chamada guarda para fins previdenciários, como modalidade de guarda especial, regulada no §2º do art. 33, de natureza eminentemente preventiva, cuja finalidade é, sem dúvida alguma, evitar a ocorrência de violação a direito fundamental, aí compreendido o direito à saúde, educação etc., ou suprir a falta dos pais ou responsáveis, ainda que eventual” (*Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários*. Ed. RT, 1994, p. 52).

No particular, espraia-se que, na verdade, a Sra. A. pretende simplesmente consolidar uma situação de fato já existente, haja vista que a menor É. vive com a mãe na sua residência e às suas expensas, malgrado ainda o fato de que a avó lhe presta amparo moral e afetivo, já que os pais daquela são separados, e o genitor não colabora com a manutenção da filha, sendo certo que sua geratriz anuiu a respeito da concessão da guarda, vez que não dispõe de recursos suficientes para suprir as suas necessidades básicas mais emergentes.

Corroborando tal situação, cifra-se o relatório da Comissária de Menores trazido à liça, donde se arreda as seguintes inferências: “Ao dirigir-se à residência da requerente, Sra. A. C., onde também reside a requerida É., constatei que a mãe da menor, Sra. M., é desquitada, não convive maritalmente com ninguém, é professora, com contrato especial por 2 (dois) anos, pelo Estado, reside na mesma casa com a requerente e requerida (...) a requerida vive com a requerente desde os três anos de idade (...) Não convive com o pai, nem o procura, e não recebe nenhum tipo de ajuda financeira do mesmo; que a requerida diz não sentir a falta do pai, vez que desde criança ele nunca a procurou (...) a requerente afirmou que é a mesma quem custeia parte de todas as despesas da requerida, tais como dentista, remédios, objetos escolares, roupas, calçados, etc., vez que a mãe da menor recebe apenas um salário e meio e ajuda a custear as despesas do lar. Que as três convivem harmoniosamente (...)”(f.).

Daí despontar-se, sob tais digressões, a relação afetivo-sentimental que, normalmente, é bastante acentuada entre avós e netos, em benefício da própria família.

Segundo escólios de Marco Aurélio S. Viana: “A guarda visa regularizar uma situação de fato. A regulamentação de faz no interesse do menor”,

acrescentando que “a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional, passando a criança e o adolescente à condição de dependentes para todos os fins de direito, inclusive previdenciário”, e mais, “a guarda dos menores não constitui situação irreversível, nem produz coisa julgada, podendo ser revista a qualquer tempo. A revisão virá alicerçada em lesão efetiva aos interesses do menor. E, comprovada a sua presença, mesmo um terceiro poderá ter a guarda da criança ou do adolescente”(cf. *Direitos de família e do menor, inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. Coletânea organizada pelo Min. Sálvio de Figueiredo, 3. ed., Belo Horizonte : Del Rey, 1993, p. 285-297).

Impende considerar, nesse envolver, com merecido destaque, que a guarda não implica tacitamente em renúncia de direito, e muito menos na perda do pátrio poder, segundo ilações desenvolvidas pelo nobre representante do MP *ut singulis*, mas de simples adequação ao permissivo legal, com a aquiescência dos interessados, tendo em vista, precipuamente, os interesses do menor, em consonância com o estatuído cristalinamente nos arts. 6º e 7º do Estatuto em voga, *in verbis*:

“Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

“Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

Essa orientação encontra eco em parecer doutrinário da melhor cepa, como o do ex-Prof. Paulo Lúcio Nogueira, a deixar assente, de modo iniludível, que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais à pessoa humana, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. São direitos fundamentais da criança e do adolescente os mesmos direitos de qualquer pessoa humana, tais como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, à profissionalização, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, garantidos pela Constituição Federal e repetidos pelo Estatuto.”

E completa o ilustre monografista: “Tais direitos devem ser assegurados com absoluta prioridade, justamente em se tratando da criança e do adolescente, pela família, pela comunidade, pela sociedade e pelo Poder Público, devendo todos contribuir com sua parcela para o desenvolvimento e proteção integral do menor”(Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. 3. ed., São Paulo : Saraiva, 1996, p. 12-13).

*Ad litterim*, forçoso é convir, que a preocupação de melhor atender o interesse do menor é de tal modo relevante, que deve derrogar todas as regras e inspirar o espírito julgador nas suas decisões, consoante com os princípios institucionais da Lei Menorista, e o deferimento da guarda, em casos que tais, deve ser o mais rápido possível, dado o teor eminentemente social da prestação jurisdicional.

Perlustrando a jurisprudência de nossos Sodalícios Nacionais em situações jurídicas *consimilis*, haurem-se os seguintes ensinamentos:

“A guarda é medida protetiva autônoma e não está adstrita, nem como providência preparatória ou incidente, à tutela ou à adoção; na dicção da lei, ‘obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente’, a menção à tutela ou adoção, no §1º do art. 33, é feita em caráter de faculdade, não de cogência. A afirmação do Dr. Curador, de que a guarda seria dispensável, quanto se tem por objetivo fins previdenciários, destoa da realidade, pois é corriqueiro pedido dessa natureza, para obviar objeções de entidades previdenciárias públicas”(AgIn 12.898-0, TJSP, Ac. de 24.10.1991, RJTJSP 135/300-01).

“Ainda que a Lei 8.069 de 1990 não tenha cuidado explicitamente da concessão de guarda para efeitos previdenciários, o Estatuto da Criança e do Adolescente demonstra, em toda a sua extensão, nas linhas e entrelinhas, que nada mais visa senão ao bem-estar do menor. Tratando-se, pois, de uma adequação de guarda, impõe-se a concessão da medida, uma vez que não há renúncia de direito ou implicação do pátrio poder” (ApCiv 3.655-8/90489-4, TJMG, Ac. de 27.04.1994, *Jurisp. Mineira* 122/120).

Em perfeita sintonia com esses princípios, também a jurisprudência desta E. Corte é unívoca e torrencial a respeito:

“É de se deferir à avó a guarda de menor, uma vez comprovada a idoneidade moral e financeira e, ainda, face à anuência dos pais do infante. A alegação, da ‘guarda previdenciária’, isto é, aquela promovida pelas partes interessadas com vistas a fraudar a Previdência, deve ser comprovada devidamente para permitir o indeferimento do pedido. Meras suspeitas desprovidas de comprovação não ilidem o pedido inicial”(ApCiv 37.022-0/188, Ac de 28.09.1995, DJE de 25.10.1995, n. 12.173, p. 13)

“É possível a guarda para fins previdenciários, como modalidade de guarda especial, com aquiescência de todos os interessados, desde que estando a criança já na guarda de fato, e a ela venha sendo dispensada assistência material, moral e educacional” (ApCiv 41.219-4/188, Ac. de 27.02.1997, DJE de 01.04.1997, n. 12.525, p. 18).

“Admite-se o deferimento da guarda e responsabilidade de menor aos avós que já exercem, de fato, referida guarda, não contrariando o ECA o fato de o pedido destacar o propósito de incluir a criança como dependente perante o instituto da previdência”(ApCiv 42.014-8/188, Ac. de 07.08.1997, DJE de 29.08.1997, n. 12.630, p.15).

À luz de tais digressões, afigura-se-me perfeitamente viável a concessão da guarda judicial nos moldes postulados pela apelante, porquanto ressuma do contexto fático que esta realmente já a detém de fato por longos anos, prestando assistência material e educacional à neta, contribuindo eficazmente na sua formação moral e espiritual, pela dispensa de afeto, enlevo e carinho, que ultrapassam, inclusive, o círculo paternal, sendo justo e lógico que queira incluí-la como sua dependente, gozando, inclusive, dos benefícios previdenciários junto ao Ipasgo.

Ante ao exposto, conheço do apelo e lhe dou provimento para, reformando a sentença vergastada, julgar procedente o pedido de guarda da menor É. S. A. L., formulado pela sua progenitora A. C., como requerido. Sem custas.

É o meu voto.

Goiânia, 25 de novembro de 1997. - Fenelon Teodoro Reis, relator.

Apelação Cível 070.849.4/6-00. Ministério Público e M. P. C. S. / A. F. (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Reis Kuntz. 05 de março de 1998. Revista dos Tribunais, São Paulo, 753, p. 239-240, jul. 1998.

**CRIANÇA OU ADOLESCENTE** - Guarda deferida a pessoa diversa dos genitores - Destituição do pátrio poder - Inadmissibilidade, pois a situação só é permitida quando os pais descumprem seus deveres e obrigações.

*Ementa da Redação:* A perda do pátrio poder só se justifica quando os genitores descumprem, de forma injustificada, seus deveres e obrigações para com os filhos, sendo inadmissível, portanto, a sua extinção nas hipóteses em que a guarda for, simplesmente, conferida a pessoa diversa da dos pais.

**ACÓRDÃO** - Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 070.849.4/6-00, da Comarca de Miguelópolis, em que é apelante Ministério Público, sendo apelados M. P. C. S. e A. F., representados por Curador Especial: Acordam, em 6ª Câ. de Direito Privado do TJSP, por v.u., dar provimento, em parte, ao recurso, de conformidade com o relatório e voto do relator, que ficam fazendo parte do acórdão. O julgamento teve a participação dos Desembargadores Ernani de Paiva (pres., sem voto), Luzia Galvão Lopes e Mohamed Amaro. São Paulo, 5 de março de 1998 - REIS KUNTZ, relator, com a seguinte declaração de voto:

1. Trata-se de pedido de guarda de menor acolhido pela r. sentença proferida às f.

Tempestivamente apelou o Ministério Público, inconformado com o capítulo do r. decisório que declarou a perda do pátrio poder que o requerido detinha em relação à indigitada infante.

Processado o recurso neste Tribunal de Justiça, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo seu provimento.

É o breve relatório.

2. Nada obstante as razões de decidir deduzidas pelo ilustre Magistrado, caracterizado está o julgamento *ultra petita*.

Isto porque a perda do pátrio poder só é admitida quando os genitores descumprem, de forma injustificada, seus deveres e obrigações, por desídia, emulação e indignidade (cf. ApCiv 19.192-0 - Dracena - 28.07.1994, rel. Des. Ney Almada).

Como vem colocado pelo douto representante do Ministério Público às f.: “... a guarda é o instituto pelo qual alguém, parente ou não, assume a responsabilidade sobre um menor de 21 anos, passando a dispensar-lhe todos os cuidados próprios da idade, além de ministrar-lhe assistência espiritual, material, educacional e moral”, conforme precisa definição de José Luiz Mônaco da Silva, em sua obra *A família substituta*, São Paulo : Saraiva, 1995, p. 35.



O pátrio poder, por sua vez, é conceituado como o conjunto de direitos e deveres exercidos pelos pais sobre a pessoa e os bens dos filhos menores de 21 anos, visando sua segurança, saúde e moralidade, sintetizados na guarda, vigilância e educação.

Destarte, da simples análise destes dois conceitos é possível verificar que a guarda nada mais é do que um dos componentes explícitos do pátrio poder, ou seja, a guarda é somente um dos vários atributos do pátrio poder. Assim, a guarda pode existir sem o pátrio poder, como, reciprocamente, este pode ser exercido sem a guarda.

A guarda, pois, convive pacificamente com o instituto do pátrio poder, não sendo necessário, nem recomendável, que se extinga o pátrio poder para conferir a guarda a pessoa diversa dos pais.

Vale lembrar, ainda, que a própria redação do art. 384 do CC, que disciplina o pátrio poder quanto à pessoa dos filhos, deixa nítido que a guarda é um mero componente do pátrio poder, quando dispõe que compete aos pais dirigir a criação e educação dos filhos menores, bem como tê-los em sua companhia e guarda.

Ora, ao especificar que, por força do pátrio poder, compete aos pais a criação e educação dos filhos, bem como mantê-los em sua companhia e guarda, está se dizendo expressamente, de forma cristalina e insofismável, que o pátrio poder é composto destes mesmos direitos e deveres (...).

Ressalte-se que ... o parágrafo único do art. 36 dispõe: “O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder e implica necessariamente o dever de guarda”.

No que pertine à adoção, o art. 40 dispõe que a adoção atribui a condição de filho ao adotado. Claro está, também, que, para a adoção, indispensável será a perda do pátrio poder, pois este é inerente aos pais. Ademais, o art. 49 do ECA deixa explícita esta circunstância ao esclarecer que a morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder dos pais naturais.

Porém, em relação à guarda, em nenhum momento o Estatuto da Criança e do Adolescente fez menção à perda ou suspensão do pátrio poder. Ora, fossem tais providências necessárias, teria a lei feito expressa menção como o fez em relação à tutela e a adoção.

Nesse momento, vale a pena transcrever a ementa de um brilhante acórdão proferido pela Câmara Especial do E. TJSP, relatado pelo eminente Des. Garrigós Vinhaes:

“Menor - Guarda - Destituição do pátrio poder - Descabimento - Decisão *ultra petita* - Recurso provido.

Efetivamente, em momento algum os requerentes pleitearam a adoção da menor, nem se discutiu eventual destituição dos genitores do pátrio poder. Mas, se o pedido foi também solucionado pela pretensão da guarda, o caso não é de anulação ou nulidade do julgado, mas de corte do que se avista *ultra petita*. Em suma, a destituição decretada, além de não pleiteada nem discutida, não se recomenda ficasse a menor retirada do convívio dos pais de sangue e dos irmãos legítimos, ainda porque, como ressalta a lei aplicada, a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder”(TJSP - ApCiv 12.799-0 - Praia Grande - Câm. Esp. - rel. Des. Garrigós Vinhaes - j. 07.11.1991).

Confira-se a respeito: Apelações Cíveis 19.192 - Dracena, 18.083.0 etc.

Mas, mesmo que possível a perda do pátrio poder, urge consignar que ela só pode ocorrer se houver o pleno contraditório (cf. art. 24 do ECA), o que não se verificou no caso dos autos.

É que o requerido foi citado para, querendo, contestar um pedido de simples guarda, e, em nenhum momento, foi ele alertado para a possibilidade de ser destituído de seu pátrio poder.

Desta maneira, é de se presumir que o requerido manifestou tácita concordância com a guarda, posto que em nenhum momento deixou transparecer interesse em abrir mão de seu pátrio poder, ou, ao menos, que tivesse ciência de que poderia estar abrindo mão deste conjunto de direitos e deveres que é o pátrio poder (...).

Neste sentido:

“Menor - Guarda - Destituição do pátrio poder - Art. 162 da Lei 8.69/90 - Cancelamento - Inobservância do contraditório exigido pela Lei - Recurso provido.

A menor foi entregue pela mãe a seus parentes, concordante o pai com este ato. Sete anos se passaram nessa situação e a mãe não tinha condições para criar a filha continuando impossibilitada. Caracterizado ficou o abandono, correto o deferimento da guarda recentemente formulado. O que não pode subsistir, todavia, é o decreto de destituição de pátrio poder, medida aplicada de surpresa e sem representação adequada. Não houve nesse aspecto o contraditório exigido em lei (Lei 8.069/90)”(TJSP - ApCiv 13.325.0 - Leme - Câm. Esp. - rel. Des. Garrigós Vinhaes - j. 14.11.1991).

## ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

- 01 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Ministério Público - Justiça Gratuita - Separação Judicial - Defensor Dativo. Apelação Cível 10.023. (n. c.) e (n. c.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Atahide Monteiro da Silva. 19 de agosto de 1981. Revista dos Tribunais, São Paulo, 549, p. 170-172, jul. 1981.
- 02 \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Menor. Recurso Especial 100.200-0. (n. c.) e (n. c.). Relator: Ministro Moreira Alves. 27 de setembro de 1983. Revista dos Tribunais, São Paulo, 586, p. 234-236, ago. 1984.
- 03 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ação de busca e apreensão. Apelação Cível 1759/86. O. C. S. e A. G. M. Relator: Desembargador Oto Luiz Sponholz. 08 de abril de 1987. Diário da Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, 2422, 28 de abril de 1987.
- 04 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Busca e apreensão. Apelação Cível 364/89. A. A. M. P. O. e R. D. O.. Relator: Desembargador Luiz Perroti. 30 de outubro de 1990. Diário de Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, 3288, 22 de novembro de 1990.
- 05 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Menor. Apelação Cível 147.039-1/4. (n. c.) e (n. c.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Régis de Oliveira. 16 de julho de 1991. Revista dos Tribunais, São Paulo, 673, p. 63-66, nov. 1991.

- 06 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Menor. Apelação Cível 87.835/4. (n. c.) e (n. c.). Relator: Desembargador Francisco Figueiredo. 13 de agosto de 1992. Revista dos Tribunais, São Paulo, 694, p. 161-162, ago. 1993.
- 07 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Separação Judicial. Apelação Cível 33.161-9. (n. c.) e (n. c.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Josué de Oliveira. 26 de outubro de 1993. Revista dos Tribunais, São Paulo, 707, p. 133-134, set. 1994.
- 08 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Adoção. Embargos Infringentes 8.780/9. (n. c.) e (n. c.). Relator: Desembargador Caio de Castro. 02 de dezembro de 1993. Revista dos Tribunais, São Paulo, 713, p. 195-200, mar. 1995.
- 09 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Menor. Embargos Infringentes 206/93-RJ. F. M. O. e M. A. R. (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Álvaro Mayrink da Costa. 21 de setembro de 1994. Revista dos Tribunais, São Paulo, 724, p. 414-417, fev. 1996.
- 10 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Menor Guarda - Competência. Apelação Cível 595079146. G. L. B. / G. M. B. / M. J. M. B. e Ministério Público. Relator: Desembargador Waldemar L. de Freitas Filho. 06 de dezembro de 1995. Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 175, tomo II, p. 601-602, abril. 1996.
- 11 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Conflito negativo de competência. Conflito de Competência e Atribuição 595175803. Juiz da Infância e da Juventude da Comarca de Caxias do Sul e Juíza de Direito da 2ª Vara de Família da Comarca de Caxias do Sul. Relator: Desembargador Alceu Binato de Moraes. 13 de dezembro de 1995. Revista de Jurisprudência

do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 175, Tomo I, p. 352-353, abril. 1996.

- 12 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Menor - Guarda definitiva. Apelação Cível 595155276. A. B. L. e A Justiça. Relator: Desembargador Sérgio Gischkow Pereira. 09 de novembro de 1995. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 177, p. 387-389, ago. 1996.
- 13 \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança - Menor. Recurso de Mandado de Segurança 6.395-SP. (N. C.) e A Justiça. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 27 de fevereiro de 1996. Revista dos Tribunais, São Paulo, 732, p. 171-174, out. 1996.
- 14 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Sentença - Menor. Apelação Cível 48.974/0. (n. c.) e (n. c.). Relator: Desembargador Campos Oliveira. 29 de fevereiro de 1996. Revista dos Tribunais, São Paulo, 733, p. 333-336, nov. 1996.
- 15 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pátrio poder - Destituição - Menor - Guarda. Apelação Cível 596009381. O. M. L. / B. F. S. e M. B. K.. Relator: Desembargador Sérgio Gischkow Pereira. 28 de março de 1996. Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 180, p. 335-340, fev. 1997.
- 16 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Criança - Guarda. Apelação Cível 59.951-3 A. F. e Justiça Pública. Relator: Desembargador Accácio Cambi. 24 de setembro de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 748, p. 375-376, fev. 1998.
- 17 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Criança ou Adolescente. Apelação Cível 26.951.4/4-00. R. S. S. e R. E. S. (Segredo de Justiça).

Relator: Desembargador Franciulli Netto. 16 de setembro de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 747, p. 253-254, jan. 1998.

- 18 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Criança ou Adolescente. Apelação Cível 35.466-0/7. Ministério Público e H. F. C. (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Dirceu de Mello. 31 de julho de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 747, p. 258-259, jan. 1998.
- 19 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Criança ou Adolescente. Apelação Cível 91.353/3. J. J. S. F. / L. G. T. S. e A Justiça (Segredo de Justiça). Relator: Aluízio Quintão. 28 de agosto de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 749, p. 381-382, mar. 1998.
- 20 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Criança ou Adolescente. Apelação Cível 43.515-1/188. A. C. e Ministério Público (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Fenelon Teodoro. 25 de novembro de 1997. Revista dos Tribunais, São Paulo, 750, p. 364-368, abril. 1998.
- 21 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Criança ou Adolescente. Apelação Cível 070.849.4/6-00. Ministério Público e M. P. C. S. / A. F. (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Reis Kuntz. 05 de março de 1998. Revista dos Tribunais, São Paulo, 753, p. 239-240, jul. 1998.